

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO DE FAMÍLIA APÓS
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

RITA EDITE LOPES BORGES

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSODE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA
CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO
DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO. ÁREA DE
CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-
POLÍTICAS.

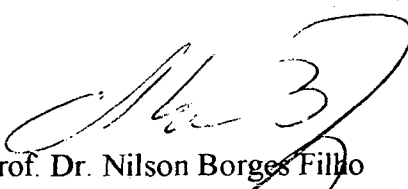
ORIENTADOR: PROF. DR. NILSON BORGES FILHO

**FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001.**

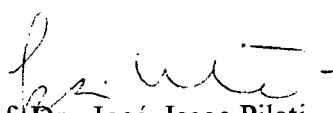
A dissertação **A Intervenção do Estado na relação de família após a Constituição Federal de 1988**, elaborada por RITA EDITE LOPES BORGES e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito.

Montes Claros, fevereiro de 2001.

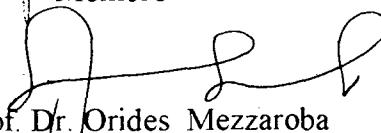
Banca Examinadora :



Prof. Dr. Nilson Borges Filho
Presidente




Prof. Dr. José Isaac Pilati
Membro



Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Membro

Profa. Ms. Renata Raupp Gomes
Suplente



Prof. Dr. Nilson Borges Filho
Orientador

Prof. Dr. Christian Caubet
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela dádiva da vida.

À Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES, à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e à CAPES, pela oportunidade e pelo apoio financeiro.

Ao professor Dr. Nilson Borges Filho, pela seriedade e competência com que se entregou à tarefa de orientação.

Aos professores Maria Assunção Lopes, Ilva Ruas Abreu, José Antônio Batista de Castro e Welber de Oliveira Barral, pelo trabalho eficiente na realização deste mestrado interinstitucional.

Aos meus alunos pelo incentivo constante.

Aos meus amigos, de todas as dimensões, pela “força” e proteção.

E, finalmente, agradeço, na pessoa de minha mãe - Geralda e do meu pai - Divino, toda a minha família, pela paciência e permanente afeto.

DEDICATÓRIA

Para Mark, pela comunhão de vida,
com amor.

SUMÁRIO

RESUMO -----	vii
--------------	-----

RESUMEN -----	viii
---------------	------

INTRODUÇÃO -----	9
------------------	---

CAPÍTULO I - O ESTADO E A CONCEPÇÃO DE ESPAÇO PÚBLICO E ESPAÇO

PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE -----	12
------------------------------------	----

1 O Estado -----	14
------------------	----

1.1 – O Estado Antigo, Medieval e o Moderno -----	16
---------------------------------------------------	----

2 Do Estado Liberal ao Estado Social -----	25
--------------------------------------------	----

3 Do Espaço Público e do Espaço Privado -----	33
-----------------------------------------------	----

CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS X INTERVENÇÃO ESTATAL ----

1 Dos Direitos Fundamentais -----	44
-----------------------------------	----

1.2 – Da Liberdade-----	55
-------------------------	----

1.3 – Da Igualdade -----	60
--------------------------	----

2 Intervencionismo Estatal -----	65
----------------------------------	----

CAPÍTULO III – O ESTADO E A RELAÇÃO DE FAMÍLIA-----	72
1 A Família como Aparelho Ideológico -----	73
2 Visão histórica da família -----	82
2.1 – A família no direito brasileiro -----	90
3 A Constituição Federal de 1988 e o direito de família -----	94
 CAPÍTULO IV – UNIÃO ESTÁVEL : UM NOVO (?) MODELO DE FAMÍLIA-	
-----	102
1 A União Estável e sua legalização -----	102
2 A “deslegalização” das relações familiares -----	113
2.1- A afetividade como elemento nuclear das relações familiares -----	118
3 Relação familiar X Estado.-----	122
 CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	128
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	134

RESUMO

Trata o presente estudo de verificar a concepção de espaço público e espaço privado nas relações de família em face da Constituição Federal do Brasil de 1988. A referida busca se norteia com base no estabelecido no parágrafo terceiro do artigo 226, em que se desenvolverá uma análise do Estado e o espaço que o mesmo ocupa nas relações interpessoais em confronto com os direitos fundamentais - a liberdade e a igualdade. Desta forma, é necessário que se faça, inicialmente, uma retomada da evolução do Estado, enquanto agente organizador da sociedade, suas espécies, seus princípios norteadores, procurando entender sua estruturação no espaço público e no espaço privado e, principalmente, sua intervenção na vida das pessoas. Em seguida, passa-se a examinar a figura do Estado diante da relação de família conforme o direito brasileiro. Especifica-se, ainda, a situação da união estável elevada à categoria de entidade familiar legítima, bem como o excesso de legislação referente a essa nova forma de organização familiar. Conclui-se que o Estado brasileiro, antes de proteger ou garantir as pessoas nas suas relações pessoais, quer garantir a si mesmo, assegurando uma intervenção excessiva em um espaço, no qual não tinha acesso, local este, diga-se oportunamente, de reprodução ideológica eficiente. Uma vez mais, manipula as pessoas, embasado o artifício da proteção e indo de encontro às tendências mundiais de uma família cada vez mais pluralizada centrada na afetividade.

RESUMEN

Trata el actual trabajo, de verificar la concepción del espacio público y espacio privado en las relaciones de familia en faceta de la Constitución Federal de 1988. Referida investigación se norteía en faceta del establecido en párrafo tercero del artículo 226, donde se desarrollara un estudio del Estado, el espacio que el mismo ocupa en las relaciones interpersonales en confrontación con los derechos fundamentales – la libertad y la igualdad. Desta forma, es necesario que hacer, primeramente, una recorrida de la evolución del Estado, mientras agente organizador de la sociedad, sus especies, sus principios norteadores, buscando conocer su estructuración en el espacio público y en el espacio privado e, sobretudo, su intervención en la vida de las personas. Enseguida, pasa-se a estudiar la efigie del Estado en faceta de la relación de la familia en derecho brasileño. Especifica-se, así la situación del unión estable elevada a categoría de entidad familiar. Conclui-se que el Estado brasileño, antes de proteger o garantizar las personas en sus relaciones personales, quer afianzar a si mismo asegurando una intervención mucho grande en un espacio no qual no tinha acceso, local por este ocasión, de reproducción ideológica eficiente. Una vez más, manipula las personas usando el artificio del protección y indo de encuentro a las propensiones mundiales de una familia cada vez más plural y centrada en la afectividad.

INTRODUÇÃO

Como advogada da área de família, em fevereiro de 1995 fui questionada por dois casais que optaram pela união livre, sobre o então recente Estatuto do Concubinos (Lei 8971/94), uma vez que os mesmos não concordavam com tais regras e não pretendiam sujeitarem às mesmas. O que poderiam fazer? Que atitude tomar? Em setembro do mesmo ano alunos de graduação em Ciências Sociais procuraram-me para participar de um trabalho cuja o tema era Liberdade, Igualdade e Família. No mesmo ano os graduandos em Direito também iniciaram uma investigação sobre o que é permitido e o que não é permitido no Direito de Família.

Assim, o presente estudo é uma tentativa de responder às questões levantadas, principalmente, no exercício do magistério, sobre a intervenção do Estado na relação de família, diante da Constituição Federal em vigor, tendo em vista, especialmente, a norma prevista, no parágrafo terceiro, do artigo 226.

A família, célula primeira da sociedade, é de grande importância e, justamente, devido a essa importância assumida no contexto social, tem sofrido pressões de várias outras instituições, como a Igreja e o Estado. Assim, ao surgir a oportunidade do mestrado questioneei qual seria a importância do tema e quais seriam os meus objetivos com tal trabalho. Constatei que a importância e a atualidade do tema são patentes, notadamente quando se constata o grande número de famílias constituídas fora dos parâmetros da legitimidade, ou seja dentro de um espaço até então não gerenciado pelo Estado.

Verifica-se que a nova ordem familiar, instalada no Estado brasileiro, passa por avanços quando reconhece a união estável como entidade familiar. E por retrocessos quando quer transformá-la em casamento legítimo e lhe impõe regras pormenorizadas de convivência. Este trabalho objetiva aferir a existência ou não de uma intervenção exagerada do poder estatal nas relações familiares. E, em consequência, se esta intervenção interfere nos espaços designados público e privado, bem como se funciona como meio de controle estatal que, de certa forma, acaba por invadir um espaço que deveria tão somente ser reconhecido pelo Estado por se tratar de um espaço estritamente privado.

No primeiro capítulo – “O Estado e a concepção de espaço público e privado na contemporaneidade”, inicia-se com uma retomada da figura do Estado em todas as suas fases (antigo, medieval e moderno), com seus vários conceitos, além da forma como cada um agiu no seu contexto histórico. Chega-se, a partir daí, à concepção das esferas pública e privada e à funcionalização do ente estatal nestes espaços.

O segundo capítulo – “Direitos fundamentais X Intervenção estatal” demonstra que, não obstante existir garantia constitucional para os direitos fundamentais,

notadamente, a liberdade e a igualdade o Estado é intervencionista em diversas áreas, inclusive na esfera da privacidade da pessoa humana. Fã-lo, através da ideologia, que é devidamente manipulada, de modo que possa parecer que o mesmo está fazendo o melhor para os cidadãos. Utiliza-se da família como aparelho para reproduzir sua ideologia.

O terceiro capítulo – “O Estado e a relação familiar”, começa com o estudo da família enquanto aparelho ideológico. Para tanto, faz-se uma retrospectiva histórica da instituição “família” no contexto geral e, especificamente, na sociedade brasileira, notadamente, na legislação brasileira até as normas ditadas pela Constituição de 1988.

Por fim, no quarto capítulo – “União estável: um novo(?) modelo de família”, faz-se uma análise desta intervenção estatal, tendo em vista o disposto no parágrafo terceiro, do artigo 226 da Constituição Federal vigente. Verifica-se a postura do Estado frente a esta nova(?) forma de família, antes tida como ilegítima e hoje amparada. Finaliza o capítulo analisando o embate entre o Estado e a relação familiar na contemporaneidade.

Para a obtenção do resultado desejado, utiliza-se, nesta dissertação, o método indutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e de textos legais. Não possuindo como marco teórico algum autor especial, opta-se pelo desenvolvimento do tema, pela leitura de obras nacionais e estrangeiras relacionadas com o assunto.

Esclareça-se, por último, que o conteúdo do trabalho que se apresenta, como manifestação do direito de liberdade de expressão, configura-se de responsabilidade exclusiva da mestranda, não importando sua eventual aprovação em qualquer comprometimento por parte da respectiva banca, ou ainda, do orientador, responsável pela sua presidência.

CAPÍTULO I

O ESTADO E A CONCEPÇÃO DE ESPAÇO PÚBLICO E PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE

Faz-se necessário entender a figura do Estado para compreender a questão do público¹ e do privado², uma vez que esse permeia tais espaços e, muitas vezes, torna público o que, a princípio, deveria ser privativo do indivíduo. A complexidade aumenta

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa* folha/Aurélio. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1995. “ Público = que é do uso de todos, comum, aberto a quaisquer pessoas”. p.537.

² Idem, ibidem. “Privado = o que não é público; particular”. p.529.

quando se adentra ao campo do Direito, onde o público vai compreender as relações entre os sujeitos dotados de poder, como é o caso dos governantes e seus súditos, envolvendo as condições para realizações de fins comuns, impessoais. No que diz respeito ao Direito privado, as relações, entre sujeitos de igual força, reclamam condições para realizações de fins pessoais, portanto sem interferência do ente estatal.

A procura do conceito de Estado costuma sempre partir de uma visão esquemática, onde busca-se defini-lo abarcando todos os seus elementos. Alguns autores consideram o Estado como algo que sempre existiu, outros o vêem como uma estrutura especial que existiu apenas em determinadas épocas.

O termo “Estado” proveio do latim *status*, tendo, no Direito Romano, uma especial acepção. A plenitude de direitos do cidadão romano correspondia ao fato de ele se achar na posse do *status familiae*, do *status libertatis* e do *status civitatis*: a condição de chefe de família e não dependente, a de homem livre e não escravo, a de cidadão romano e não peregrino. A visão do Direito político coloca o Estado como a sociedade que detém o poder soberano, cujo fim é o bem comum.

No entanto, além do território e do povo que o compreende o Estado é uma estrutura governamental. Estrutura esta que vai se ligar a condicionamentos sociais, culturais e políticos, portanto historicamente variável.

Apresenta, porém, uma constante: o poder. O poder é a substância do Estado, seja qual for a forma que se apresente e o grau de força que ostente nas suas relações internas e externas.

1. O ESTADO

Desde a Antigüidade, tem-se tentado definir o que venha ser Estado³.

A própria origem do termo comporta várias teorias. Para HANS KELSEN, em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, a palavra é usada, por vezes, de uma forma ampla e, por outras, de um modo muito restrito. Ampla, para designar a sociedade como tal, e restrita para um determinado órgão da sociedade, o governo, por exemplo. De uma forma ou de outra, por mais que se recue no tempo, encontra-se, sempre, o elemento humano vivendo em sociedade e uma autoridade dirigindo o grupo.

Outras teorias que cuidam de explicar e justificar a origem do Estado são as de origem familiar, aqui, incluindo a matriarcal e patriarcal, ambas com fundo bíblico. A primeira fundada na autoridade da mãe, natureza orgânica, vínculos da filiação materna, uterina (*mater semper certa est*) defendida por, entre outros, E. DURKHEIM⁴ e MORGAN⁵. A segunda fundada no poder do pai, como chefe da família - o *pater familias* romano. A autoridade máxima se encontra na figura do chefe varão. O Estado surgiria, então, da reunião de várias famílias que, para os gregos, formava-se pela união

³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 7 ed.; São Paulo : Jurídica Brasileira, 1995. "Do latim *statu*, do verbo *stare*, estar de pé, manter-se. O vocábulo apresenta o radical *st*, de origem indo-européia, que significa permanência, duração". p.626.

⁴ Sociólogo francês, fundador da escola sociológica francesa, (1858-1917).

⁵ Biólogo norte-americano, especialista em pesquisas hereditárias, (1866-1945).

de clãs, gens, fratria, tribu, Estado -cidade (polis) e finalmente, Estado nacional ou plurinacional. As de origem patrimonial buscam fundamentação na obra de PLATÃO⁶, *A República*, em que o autor expressa que o Estado seria a união das profissões econômicas. No discursos de CÍCERO⁷, depreende-se que o mesmo entendia o Estado como órgão destinado a proteger a propriedade e cuidar das relações patrimoniais.

Nas teorias da força, ou da origem violenta do Estado, existe a dominação do mais forte sobre o mais fraco, seja no plano econômico, patrimonial ou social, como é o caso da luta entre os indivíduos de classes sociais diferentes, como os burgueses e os proletários. Segundo tais teorias, as organizações sociais resultaram das lutas travadas entre os indivíduos. T. HOBBS⁸ foi quem melhor sistematizou tais princípios, seguido por K. MARX⁹ e F. ENGELS¹⁰. Para ele, o homem não é atraído para os outros homens por sentido gregário ou afetivo, ao contrário, vê neles inimigos. Contudo, a necessidade, ou o natural instinto de conservação, levou-o a estabelecer um pacto comum criando o Estado, cuja função é impor a ordem, a disciplina de modo a promover a paz, tudo mediante sua força, seja ela operacionalizada por via da violência ou da ideologia.

⁶ Filósofo grego discípulo de Sócrates (428 – 348 a.C.) PLATÃO. *Diálogos*. Tradução Janice Florido. São Paulo : Nova Cultural, 1999.p.9.

⁷ Advogado no Império Romano suas orações serviu de modelo para retórica latina.

⁸ Filósofo inglês (1588-1679).

⁹ Filósofo e economista judeu alemão. (1818-1883). MARX, Karl. *Para crítica da economia política*. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.p. 03.

¹⁰ Teórico socialista alemão (1820-1895)., ENGELS, Friedrich. *A origem da família , da propriedade privada e do estado*. Tradução Leandro Konder. 14 ed., Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997.

A razão de ser do Estado encontra resposta de acordo com a qualificação que se dê ao mesmo. Seja ele sobrenatural, divino, oriundo da vontade de Deus, humano, fruto da lei e da razão ou, ainda, social, mero resultado da história da civilização que atesta a evolução humana.

1.1 O ESTADO ANTIGO, MEDIEVAL E MODERNO.

A formação primeira do Estado constitui, em verdade, uma teoria remota. Faltam condições para situar, empiricamente, aquela formação no tempo e no espaço. No entanto, os historiadores o remetem ao período de 3000 a.C., no Oriente, na Baixa Mesopotâmia, como data provável do nascimento do Estado antigo. Sabe-se, entretanto, da existência de outras civilizações. No entanto, elementos históricos determinam como sendo a Idade Antiga o período compreendido entre 3000 a.C. até o século V. Como regra geral, nas civilizações orientais, o sistema era o da monarquia absoluta, sempre exercida em nome dos deuses.

As características comuns destes Estados foram: formação e manutenção através do poder bélico; povos constituídos por raças diferentes, daí serem heterogêneos; profundas diferenças de classes, oportunidades de ascensão praticamente nulas, base física indefinida, devido aos ganhos e perdas de territórios em guerras e a família era constituída para fins de defesa e para cultivo da agricultura de subsistência, já que fornecia os guerreiros e a mão de obra agrícola.

Durante o Estado antigo cabe destacar o modelo que foi formado pelos gregos e pelos romanos.

Os gregos adotaram o sistema patriarcal monárquico. Um Estado forte, onipotente, autoritário, inspirado nas idéias de PLATÃO e, mais tarde, nas de

ARISTÓTELES¹¹. O primeiro dizia que o Estado estava acima do indivíduo, pois este era imperfeito e aquele perfeito. Devendo então, cuidar de tudo, não deixando nada ao arbítrio do indivíduo.

O segundo via o Estado como uma necessidade e que o mesmo deveria regular a vida dos cidadãos mediante leis. Ali, a instituição familiar foi mantida, mas o Estado interferia, diretamente, na vida privada dos cidadãos, indicando a idade para realização do casamento e limitando o número de filhos e, até mesmo, decidindo a eliminação dos filhos que apresentavam deficiências físicas ou psíquicas. Houve, também, o fortalecimento da propriedade privada, a riqueza teve seu valor aumentado. Citando a *gens* grega, ENGELS esclarece a questão¹².

Os romanos, que, ao seu tempo, foram senhores do mundo, também adotaram o sistema monárquico patriarcal, havendo uma ampliação da família, no sentido de sua composição. A família, propriamente dita, compreendia o pai, a mãe, os parentes de ambas as linhas, escravos e as pessoas que se associavam à mesma. Todos ficavam sob o poder absoluto do *pater* e as gentes (*gens*), sob o poder público representado pelo

¹¹ Filósofo grego (384 – 322 a.C.). ARISTÓTELES. A Política. Tradução Ivan Lins. Introdução Nestor Silveira Chaves. Coleção Universidade. Rio de Janeiro : Edições de Ouro, 1981.p.5.

¹² ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução Leandro Konder. 14 ed., Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997. "... a riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições da gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e violência. Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto cada vez mais acelerada, das riquezas- ; uma instituição que em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não- possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o *Estado*". p.119-20.

Estado, cujo poder era forte e manipulador. Este tornou-se uma máquina complicada que explorava seus súditos¹³.

A queda do Império Romano, em razão das invasões bárbaras, marca o fim da Idade Antiga e o início do período medieval. Os costumes germânicos substituem as tradições romanas. A instituição família aparece com força, uma vez que aos poucos assimila o poder administrativo que competia ao Estado. Surge o feudo juntamente com os senhores feudais, ungidos de todo o poder e valorizados por seu sangue ou por sua família.

Este Estado caracteriza-se pela forma monárquica; pelo uso do direito natural; pela confusão entre público e privado; pela descentralização do poder estatal, em consequência do feudalismo e, principalmente, pelo predomínio da Igreja sobre o Estado.

O vínculo entre as pessoas no feudalismo foi baseado no princípio da fidelidade, o que retratava muito bem sua índole hierárquica demonstrando, claramente, a questão do poder e da obediência. Verifica-se que houve no Estado medievo, uma figura de poder localizado, o senhor feudal, concomitantemente com outra expressão de poder universal, o imperador. Todos sob a égide da Igreja.

A influência da Igreja, neste período, foi tão grande que em um dos seus principais teóricos, SANTO TOMÁS DE AQUINO¹⁴, em sua *Summa Theológica*

¹³ Idem, ibidem, “O Estado romano se tinha tornado uma máquina imensa e complicada, destinada exclusivamente à exploração dos súditos; impostos, prestações pessoais ao Estado e gravames de todas as espécies mergulhavam a massa do povo numa pobreza cada vez mais aguda. As extorsões dos governadores, dos fiscais e dos soldados reforçavam a opressão, tornando-a insuportável. Essa era a situação a que o Estado romano tinha levado ao mundo”. p.166.

afirmou que a Igreja cuidaria das almas e o Estado dos corpos das pessoas, mas, quando ocorresse conflito, deveria prevalecer a autoridade papal, o qual representa Deus na terra. O papa era pois, o detentor de uma autoridade originária e superior. Neste período histórico, entendia-se que o Estado originava-se das necessidades humanas e, para que o mesmo fosse perfeito, deveria ser à imagem e semelhança do reino de Deus e, para tanto submeter-se-ia ao poder da Igreja. Para a mentalidade medieval, a espada do guerreiro e a ferramenta do trabalhador seriam vãs sem as orações do padre. Foi uma idade de fé.

Dentro deste panorama, constata-se, ainda, a falta de interesse pelo progresso humano de uma forma geral; isto, talvez possa ser atribuído às idéias de SANTO AGOSTINHO¹⁵, que exercendo grande influência na época, dizia que a história estava próxima do fim e, portanto, todos deviam se salvar dos demônios, pagando o dízimo, casando na igreja, batizando os filhos, praticando, enfim todas as obrigações religiosas. Em primeiro lugar, vinha Deus, representado pela Igreja, depois a família, constituída nos moldes religiosos. A sociedade reconhecia à Igreja o direito de ditar as leis matrimoniais, sucessórias, etc. Era ela quem oferecia, em sua paróquia, as atividades recreativas como o teatro, a música, as procissões, etc. A perspectiva medieval era interiorista, religiosa e meticulosamente convencional.

Dentro desta cultura, em que o senso moral foi ditado pela religião cristã, organizada na Igreja Católica Apostólica Romana, a família constituída nos seus moldes era quase sagrada, enquanto que outras formas de formação familiar era renegada, e seus

¹⁴ Teólogo italiano, doutor da Igreja, (1225- 1274). ABRÃO, B. Siqueira. *História da Filosofia - Os Pensadores*. São Paulo : Nova Cultural, 1999, p.54.

¹⁵ Teólogo , moralista, dialético, doutor da graça. Foi Bispo de Hipona, (354-430). SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.12-13.

partícipes excomungados. Não interessava o afeto entre os cônjuges, mas sim a benção da Igreja e, conseqüentemente de toda a sociedade, mesmo que tais uniões representassem apenas preservar interesses patrimoniais ou evitar guerras.

Na passagem do mundo medieval aos tempos modernos, deu-se o processo de centralização do poder político, com o surgimento das monarquias nacionais. Suas origens se encontram na Baixa Idade Média, quando os reis começaram a concentrar o poder em suas mãos. O ocaso das monarquias medievais vai ocorrer no mesmo período que a Igreja Romana começa a sofrer ataques do liberalismo religioso e da filosofia racionalista, iniciando a era das monarquias absolutistas, inaugurando desta forma o Estado moderno. A centralização monárquica foi, ao mesmo tempo, a forma política de superação da crise do feudalismo e o encaminhamento para a expansão do capitalismo, que teve sua semente com as conquistas advindas das Cruzadas¹⁶. Ali, instalou-se o gosto pelo risco, a promessa de possibilidades iguais para servos e senhores e, principalmente, a noção de liberdade, tão próprios do Estado Moderno.

Em Florença, na Itália, em 1514, é publicada a obra “O Príncipe”, de N. MAQUIAVEL¹⁷, que inaugura o pensamento político moderno, tornando-se um marco histórico, apesar de ter sido criticada por muitos e considerada, até mesmo, “obra do diabo”. Segundo seu ponto de vista, a finalidade da política é a tomada e a conservação do poder e que este não se origina de Deus, muito menos da razão ou da natureza, provocando o surgimento de novas teorias, o liberalismo e o racionalismo, que colocariam

¹⁶ Expedição militar à Terra Santa incentivada pela Igreja Católica, que objetivava retirar os turcos da Cidade Santa. Foram várias as cruzadas as mesmas ocorreram no período de 1096 até 1254.

¹⁷ Político e historiador italiano (1469-1527).

o homem como centro do mundo. Até MAQUIAVEL, o que se tinha em termos de filosofia sobre arte de bem governar, vinculava-se à moral, à virtude aristotélica e constituía-se como teoria de idéias e de organização política e social. Ele se propôs a estudar a sociedade pela análise da verdade efetiva dos fatos humanos, sem perder-se em vãs especulações. No início de sua obra, afirma que seu objetivo é escrever coisa útil, que acompanhe a realidade efetiva. GRAMSCI¹⁸ afirmava que foi MAQUIAVEL o teórico da formação dos Estados modernos.

A partir, dessas idéias, os teóricos se viram obrigados a explicar fatos, tais como : a existência de indivíduos e dos conflitos entre eles. MARILENA CHAUI¹⁹ tenta exemplificar tal situação quando coloca o rompimento com a questão do sagrado (Estado aqui entendido como aquele ente que prepara os homens para o Reino de Deus) e dos consagrados, soberanos ungidos por Deus, por meio da Igreja, via de regra, alguns privilegiados da nobreza. Em função dessa ruptura histórica e numa tentativa de responder aos anseios dos cidadãos, vão aparecer as doutrinas do Estado Natureza e do Estado Civil. Neste contexto, merecem destaque as figuras de THOMAS HOBBS e JEAN-JACQUES ROUSSEAU²⁰, o primeiro na defesa dos direitos próprios da natureza e o segundo na defesa das transformações desses mesmos direitos naturais em direitos civis.

¹⁸ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. Tradução Luiz Mário Gazzaneo 7 ed.; Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1989.p.102.

¹⁹ CHAUI, M. *Convite à filosofia*. 10 ed.; São Paulo : Ática., 1998. “ A nova situação histórica fazia aparecer dois fatos impossíveis de negar: 1. A existência de indivíduos - um burguês e um trabalhador não podiam invocar sangue, família, linhagem e dinastia para explicar porque existiam e por que haviam mudado de posição social, mas só podiam invocar a si mesmos como indivíduos. 2. A existência de conflitos entre indivíduos e grupos de indivíduos pela posse de riquezas, cargos, postos e poderes anulava a imagem da comunidade cristã una, indivisa e fraterna”. p.399.

²⁰ Escritor suíço de língua francesa. Renovou as idéias na política, lançou sementes da Revolução Francesa, (1712-1778).

Essa transformação se daria por obra do Estado, garantindo, assim, igualdade a todos.

A condição natural da humanidade ou o estado de Natureza foi concebido por HOBBS como uma representação da vida do homem sem o Estado. O autor elaborou alguns princípios em consonância com a realidade de sua época. Dentre outros, destaca-se o ceticismo científico, em que a percepção do homem do mundo não era confiável²¹.

Todas essas idéias vêm à tona em uma época que ocorre o declínio da fé cristã, opondo-se, frontalmente, à filosofia aristotélica.

O período medieval ficou marcado pelo temor a Deus, um Deus poderoso, que castigava severamente seu rebanho, e pela dominação da Igreja católica que explorava, em proveito próprio, esta questão transcendental que tanto afligia os seres mundanos. Já o período moderno, apresenta-se sob uma ótica mais humanista; devendo, assim, ser considerado o Estado dentro da realidade e dos objetivos dos seres humanos.

Os teóricos do Estado - Natureza inserem o homem dentro da dinâmica mecanicista, na qual a lei da vida é o movimento. Entendem que a lógica do movimento dos homens passa por um contínuo progresso que, por sua vez, exige um “prosperar constante”. A questão do individualismo e da igualdade natural, na qual todos querem o poder, faz surgir, de um lado, a busca individual, por acreditarem que são iguais para lutar, tendo em vista que a natureza os fez iguais, e de outro, surgem as divergências, uma vez que existem os mais fortes, já que uns são mais competentes que os outros. Nesse

²¹ HOBBS faz parte de um grupo de pensadores que não acreditavam ser possível o conhecimento absoluto do mundo. Entre seus companheiros de ceticismo cite-se o intelectual Marin MARSENNE, Pierre GASSENDI e René DESCARTES.

ambiente não poderá existir estabilidade social, uma vez que não existe homem com força suficiente para se impor.

Nem mesmo a racionalidade humana pode solucionar tal situação. É a guerra de todos contra todos, “o homem, lobo do homem”. Surge, então, a necessidade de se ter “alguém” ou “algo” capaz de dirigi-los e guiá-los. Daí, o nascimento do Estado (o Leviatã hobbesiano). Esse “ente” deveria ser forte o suficiente para exercitar o poder na sociedade e, assim, protegeria todos os bens das pessoas, sendo o de maior valor a vida, que, a partir de então, seria próspera e segura. Logo, o Estado de natureza caracterizar-se-ia pelo agrupamento de homens que carecem de um poder superior e único a todos, promovendo, conseqüentemente, a paz social.

Enquanto a geração de HOBBS, no século VII, afirmava que o “homem era o lobo do homem”, no século VIII, ROUSSEAU argumentava que o “homem é bom por natureza, a sociedade é que o corrompe”, nascendo então a teoria do bom selvagem. Analisando a questão, BOBBIO diz:

... a passagem do estado de natureza para o Estado Civil, que é a passagem do Não-Estado para o Estado, representa também a passagem de um Estado não jurídico, onde não existe um direito subjetivo universalmente válido, sustentado por uma força comum, mas existem somente direitos subjetivos sustentado pela força de cada um e por isso mesmo relações de força, para o Estado jurídico, isto é, para o Estado que é fundado num ato jurídico, como é o pacto através do qual os indivíduos se associam e colocam em comum os próprios bens e as próprias forças para atribuí-las a um só soberano, que uma vez constituído, é fonte única e exclusiva de direito positivo²².

Tal passagem se dá por meio de um contrato social, no qual os indivíduos, abrindo mão de sua liberdade, transferem o poder de decisão a um terceiro, que, por sua

²² BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 12 ed.; Brasília : Universidade de Brasília, 1999. Verbetes Direito. V.1-2. p.350.

vez, deterá toda a soberania. No capítulo VII, do Livro primeiro da sua obra “Contrato Social”, ROUSSEAU afirma:

A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza ganha outras de igual monta: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem²³.

Quem exerceria tal soberania? A teoria hobbessiana diz que pode ser um rei, uma aristocracia ou mesmo uma assembléia democrática. Na teoria do “bom selvagem”, a soberania é exercida pelo povo, pela vontade geral do povo. Quem governa representa a soberana vontade popular.

Embora divergentes em vários pontos, os pensamentos de HOBBS e ROUSSEAU concebiam a propriedade privada como um direito civil. Assim, a propriedade privada era mera consequência do pacto social, uma determinação de quem exercia a soberania. Neste aspecto, as teorias esboçadas pelos dois filósofos não corresponderam às expectativas da ascendente classe burguesa que, não obstante ser detentora do poder econômico, não possuía poder político e social. As respostas dadas já não atendiam aos apelos dos indivíduos, notadamente dos indivíduos-burgueses. Tal

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo : Nova Cultural, 1999 . p.77.

resposta viria com o filósofo inglês J. LOCKE, quando “ observa que o homem no estado natural está plenamente livre, mas sente a necessidade de colocar limites à sua própria liberdade. Por quê ? A fim de garantir a sua propriedade”²⁴. A partir das idéias de LOCKE, delineia-se a teoria liberal, que respeitava a integridade da pessoa humana, a propriedade e a liberdade.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O monarquismo absolutista desconheceu qualquer limitação de poder, o que sacrificou e escravizou gerações, que revoltadas, ansiavam por liberdade. As idéias liberais ganharam força, já que pregavam a limitação da autoridade estatal pelo povo soberano e a laicização completa do Estado.

A Inglaterra foi o berço do liberalismo. Leis como: *Três declarações de Direitos, em 1679, Bill of Rights, em 1689*, entre outras, consolidaram o liberalismo. Os ideais liberais chegaram à América do Norte e passaram a figurar em várias constituições, como na Declaração de Virgínia, em 1776, na Constituição Federal, em 1787, e em todas as demais Constituições estaduais das ex-colônias inglesas.

Na França, o liberalismo efervesceu a tal ponto que lideranças como MONTESQUIEU²⁵, VOLTAIRE²⁶ e ROUSSEAU conseguiram que a vitória dessas idéias democráticas se espalhassem pelo mundo quando do advento da revolução de 1789. Os

²⁴ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali. 15 ed.; Porto Alegre : L&PM, 1998. p.15.

²⁵ Cf. MONTESQUIEU, Barão de Bréde e de (Charles Louis de Secondat). *O espírito das leis*. Introdução de Pedro Vieira Mota. 6 ed.. São Paulo : Saraiva, 1999. Escritor francês, cuja obra mais celebre trata da separação dos poderes no Estado (1689-1755). Para ele as leis eram relações necessárias que derivavam da natureza das coisas, e que as mesmas são influenciadas por fatores físicos, geográficos e pelos costumes e tendências de cada povo.

²⁶ Escritor francês, que se tornou ídolo de uma burguesia liberal e anticlerical (1694-1778).

revolucionários pregavam: todo governo que não provém da vontade do povo é tirano; a nação possui a soberania una, indivisível e imprescritível; o Estado é um pacto social precário, fácil de ser rompido; não há governo sem o consentimento popular, e este se destina a manter a ordem jurídica, sem intervir nas relações privadas; o homem é livre, pode fazer ou não o que quiser, basta que sua ação ou omissão não seja definida em lei como crime; a liberdade de cada um limita-se pela liberdade dos outros e todos são iguais perante a lei.

Assim, instituía-se o Estado Liberal individualista, fundado na teoria liberal, inicialmente, com as idéias de LOCKE, depois, com os teóricos da Revolução Francesa, seguindo, adiante, por outros pensadores como MAX WEBER²⁷. Este traçou o esboço da função social do Estado sob as seguintes diretrizes: garantia do direito natural de propriedade por meio das leis, respeitando a liberdade econômica, que faria suas próprias regras; através da lei e da força, o Estado teria a função de juiz nos conflitos sociais, sem interferir nos mesmos, e o Estado garantiria a liberdade de pensamento, a menos que se colocasse em risco o próprio Estado.

Esse arcabouço do novo Estado não vingou. O Estado liberal assistia, impassivelmente, ao quadro, no qual os cidadãos teoricamente livres ficavam cada vez mais materialmente escravizados. Era o Estado Polícia (*L'État Gendarme*), que limitava-se a vigiar, deixando que a maioria, totalmente desprovida de recursos, pela enorme diferença social, fosse esmagada por uma minoria detentora do poder econômico.

Liberdade e igualdade eram, na prática, uma ilusão.

²⁷ Economista e sociólogo alemão. Promoveu a sociologia objetiva, sem julgamento de valor (1864-1920). *Ciência e política duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.p.52.

Este panorama mundial provocou intervenções por parte de toda a sociedade, através de suas instituições. Primeiro, veio a intervenção da Igreja com a encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, que condenou a igualdade e liberdade fictícias. Depois, veio o que se convencionou chamar de primeira reação antiliberal organizada, o Socialismo (aqui entendido como doutrina que abrange o socialismo utópico, o anarquismo, que acreditava na liberdade e bondade natural, e o comunismo, que criticava os dois primeiros). No aspecto político, confundiam-se socialistas e anarquistas que pregavam a extinção do Estado. Este seria um mal necessário, uma organização transitória; devendo se extinguir por etapas.

Dentre os principais líderes que, em meados do século XIX, invadiram o mundo com suas novas idéias, cita-se LOUIS BLANC²⁸, JOSEPH PROUDHON,²⁹ MIGUEL BAKUNIN³⁰, NATAL BABEUF³¹, e, destacando-se K. MARX e F. ENGELS.

A obra *O Capital*, de K. Marx, condensa toda doutrina marxiana, assim como *O Manifesto Comunista*, em co-autoria com ENGELS, ecoa pelo mundo, inspirando o socialismo de Estado ou comunismo. Ressalta-se que a obra de MARX foi

²⁸ Historiador e político francês (1811-1882). PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.p.121.

²⁹ Teórico socialista francês (1865-1809). PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.p.119.

³⁰ Revolucionário russo. Um dos chefes da Internacional, um movimento dos trabalhadores que tinha como lema a elevação da classe proletária e o fim da exploração de nação sobre nação, (1814-1876). PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.p.145.

³¹ Revolucionário francês, cuja doutrina se aproxima do comunismo(1760-1797).. PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.p.119.

um acontecimento histórico, influenciando desde a Filosofia até a Política, e representando uma mudança no modo de perceber o Estado, a sociedade e o poder.

Partindo da crítica da Economia Política, MARX desmistifica a política um acontecimento histórico, influenciando desde a Filosofia até a Política, e representando uma mudança no modo de perceber o Estado, a sociedade e o poder.

liberal. Tal crítica demonstrava que a política não fazia diferença entre a esfera pública e a privada, apesar do discurso liberal dizer o contrário. Surgida no início do século XIX, na França e Inglaterra, a ciência da Economia Política objetivava questionar o antigo regime (sociedade feudal e controle mercantil pelo Estado). Assim, os princípios do liberalismo político nortearam o liberalismo econômico, que, com interpretações variadas³², afirmavam que: A economia se realiza como sociedade civil com capacidade de auto regular-se, sem interferência estatal.

A Sociedade Civil é:

.. sistema de relações sociais que organiza a produção econômica (agricultura, indústria e comércio), realizando-se através de instituições sociais encarregadas de reproduzi-lo (família, igrejas, escolas, polícia, partidos políticos, meios de comunicação, etc.)³³.

É nesta sociedade, que se encontram os interesses privados, mas não distanciando o Estado da mesma, entendendo justamente o contrário. O Estado é a expressão legal dos interesses de uma classe social particular: a classe dos proprietários

³² Alguns economistas políticos divergiam em suas explicações, como era a posição de ADAM SMITH que dizia ser a concorrência a responsável pela riqueza social e pela harmonia entre os interesses coletivos e privados. Outros economistas, entre eles o DAVID RICARDO, diziam que as leis econômicas revelam as diferenças entre os interesses diversificados de cada grupo social. Assim estariam a exprimir os conflitos existentes na sociedade.

³³ MARX, Karl. *Para crítica da economia política*. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 09.

privados. Não se impõe por ordem divina, tão pouco por meio de um contrato, é o modo pelo qual a classe social dominante garante seus interesses e sua dominação social.

Também dessa forma manifesta MARILENA CHAUI:

O Estado é uma comunidade ilusória. Isto não quer dizer que seja falso, mas sim que ele aparece como comunidade porque assim é percebido pelos sujeitos sociais. Estes precisam dessa figura unificada e unificadora para conseguirem tolerar a existência das divisões sociais, escondendo que tais divisões permanecem através do Estado. O Estado é a expressão política da sociedade civil enquanto dividida em classes. Não é, como imaginava Hegel, a superação das contradições, mas a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras. Como, porém, o estado não poderia realizar sua função apaziguadora e reguladora da sociedade (em benefício da classe) se aparecesse como realização de interesses particulares, ele precisa aparecer como uma forma especial de dominação: uma dominação impessoal e anônima, a dominação exercida através de um mecanismo impessoal que são as leis ou o Direito Civil. Graças às leis, o Estado aparece como um poder que não pertence a ninguém. Por isso, diz Marx, em lugar do Estado aparecer como poder social unificado, aparece como um poder desligado dos homens. Por isso também, em lugar de ser dirigido pelos homens, aparece como um poder cuja origem e finalidade permanecem secretos e que dirigem os homens. Enfim, como o Estado ganhou autonomia, ele parece ter sua própria história, suas fases e estágios próprios, sem nenhuma dependência da história social efetiva³⁴.

Seguindo linha semelhante há outra reação antiliberal e antimarxista, isto é, as doutrinas do Fascismo e a do Nazismo, ambas contra a desintegração sócio-econômica do liberalismo decadente e contra a infiltração do comunismo. O Fascismo teoriza que o Estado é o criador exclusivo do direito e da moral, amparado na teoria do poder absoluto no estilo hobbessiano. O Nazismo surgiu em decorrência do fato de a República alemã de Weimar ter sido muito liberal, possibilitando uma formação partidária totalitária e militarizada. O princípio da igualdade perante a lei, no Estado

³⁴ CHAUI, M. *O que é ideologia*. p.70-1.

nazista, foi substituído pela a igualdade dos deveres e a prevalência do bem comum sobre o bem individual. Enfim, o regime nazista anulou, totalmente, os valores pessoais. Mais do que o Fascismo, o Nazismo foi a personificação do chefe supremo.

Uma nova ordem se instalou no mundo, qual seja a busca por justiça social que logo os Estados procuraram implantar. O mundo, assolado pelas misérias da guerra, buscou na exaltação do nacionalismo, via totalitarismo, e nos seus chefes providenciais, os salvadores da pátria, a solução para a questão posta, qual seja, a construção de um mundo novo. Em diversos países, foram criados os Estados Novos, caracterizados pela concentração de poder na pessoa do chefe, restrições às liberdades públicas, censura, partido único, dirigismo econômico, etc. No Brasil, o getulismo retrata esta fase embasado na doutrina fascista. Justifica-se no imperativo da salvação nacional, tendo em vista a ameaça comunista e a luta pela manutenção da paz interna.

A figura do Estado-Polícia, própria do Estado Liberal, indiferente às questões sócio-econômicas, trouxe desequilíbrio ao acumular a riqueza nas mãos de uma minoria. Ciente do fim que se aproximava, o liberalismo reconheceu determinados dogmas difundidos pelo socialismo, abrindo espaço ao Estado Social. Diante da nua contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores, esboçava-se um novo modelo estatal, que buscava manter relações estáveis entre capital e trabalho.. O poder público passou a controlar as relações sociais estritamente privadas.

As idéias de ROUSSEAU e MARX, o primeiro com a libertação política do homem e o segundo, com a libertação econômica, concorrem para a implantação da nova ordem. Assim, a partir da metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade, buscando liberdade material e formal, encontra o caminho, por meio das

constituições. Desta forma, o Estado social³⁵ inseriu-se na ordem econômica e social, cuja intenção direta, é a de proteger as liberdades e garantir a igualdade entre os cidadãos, independentemente da classe social que pertençam. Óbvio, trata-se, exclusivamente da esfera abstrata e teórica.

Surgem, desde então, espécies de Estados Sociais com características diferenciadas. Num primeiro momento, o Estado social é hesitante e conservador, não indo de encontro aos anseios dos teóricos do anticapitalismo. Sua diretriz principal apontava para a proteção do capital e dos lucros e, apenas indiretamente, para proteção do trabalhador. Já num segundo momento, vai buscar a igualdade e justiça social nas relações humanas, colocando-se de forma menos neutra diante das lutas de classe. Nesse estágio, suas conquistas vão ingressar na seara da educação, moradia, merenda escolar, garantia salarial, co-gestão, etc. Neste contexto se equilibra entre a subvenção à empresa privada e o pagamento do seguro -desemprego. Uma outra via, que opta por um modelo de socialismo democrático, coloca o Estado como um meio transformador da sociedade capitalista. De caráter dinâmico, possibilita variações nas instituições e em seus fundamentos, desde que respeitados os pressupostos democráticos, levando, assim, a um modelo que não seja o capitalista. Dentro do Estado social também incluir-se-ão as ditaduras que revogam o pacto democrático, porque se vinculam às formas autoritárias de monopólio do poder político, não possibilitando qualquer abertura para a liberdade de escolher. As Constituições destes Estados não resguardam os direitos políticos da

³⁵ Expressão criticada por muitos doutrinadores que entendem o social como essência do Estado, taxando tal expressão de neologismo.

liberdade, aniquilam, desta forma, a sociedade civil³⁶, que, uma vez inexistente ou fragilizada, não garantirá um Estado Democrático. O Estado social democrático busca a existência do “homem – cidadão”³⁷, em que a submissão ao poder estatal é uma regra imutável, ocorrendo a existência de súditos, não importando se em maior ou menor grau.

A previsão destas normas constitucionais, em qualquer modalidade de Estado Social, não é suficiente para garantir direitos para os cidadãos ou para os súditos.

É necessário que se faça uma profunda revisão das relações sociais e, principalmente, dos fins da estrutura do Estado, tradicionalmente, manipulada para conservação da exploração intrínseca àquelas relações sociais e que garante os benefícios de uma elite que sustenta, de forma direta ou indireta, o aparelho de Estado.

O instrumento maior, que sustenta não apenas o Estado social, mas toda espécie de Estado é o Direito; através dele estabelecem-se as leis, que por sua vez regulam a relação social.

Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser

³⁶ ALTHUSSER, L. *Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução Walter José Evangelista Laura Viveiros de Castro. Introdução crítica de José Augusto Guilhaon Albuquerque. 7 ed.; Rio de Janeiro : Graal, 1998. Adverte que a “sociedade não é composta de indivíduos”, “o que a constitui é o sistema de suas relações sociais, onde vivem, trabalham e lutam seus indivíduos”. Realça-se, assim, a questão da formação do ser humano pela e na sociedade: “cada sociedade tem seus indivíduos, histórica e socialmente determinados”. p. 34.

³⁷ COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci e a sociedade civil*. “Com efeito, na visão de Gramsci, ‘sociedade civil’ é uma arena privilegiada da luta de classe, uma esfera do ser social onde se dá uma intensa luta pela hegemonia; e, precisamente por si, ela não é o ‘outro’ do Estado, mas – juntamente com a ‘sociedade política’ ou o ‘Estado-coerção’—um dos seus inelimináveis momentos constitutivos. Para Gramsci, (...) nem tudo o que faz parte da sociedade civil é ‘bom’ (ela pode, por exemplo, ser hegemonizada pela direita) e nem tudo o que provém do Estado é ‘mau’ (ele pode expressar demandas universalistas que se originam nas lutas das classes subalternas). Somente uma concreta análise histórica da correlação de forças presente em cada momento pode definir, do ângulo das classes subalternas, a função e as potencialidades positivas ou negativas tanto da sociedade civil como do Estado, ser ou não efetivamente cidadão”. p.2

legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado³⁸.

Na mesma diretriz, posiciona-se ENGELS, ao afirmar que o Estado não se impôs sobre a sociedade, sendo antes um produto da mesma³⁹. Baseado nessa perspectiva, o Estado utiliza de seus aparelhos a fim de manter sua ideologia e seu poder em meio às esferas pública e privada.

3 O ESPAÇO PÚBLICO E O ESPAÇO PRIVADO.

Com o surgimento do Estado- polis (cidade – estado), o homem, que vivia domesticamente, insere-se em uma vida pública (*bios politikos*). Esta separação implicava, para ARISTÓTELES, que o homem tinha duas formas de existência : uma, que consistia em sua vida privada, a esfera da *Oikos* (a casa, ambiente doméstico), e a outra, o seu *Bios Politikos* (vida política, referia-se exclusivamente à esfera dos assuntos humanos, enfatizando a ação, acarretando um modo de vida autônomo, humano, livre da necessidade e do trabalho), ou seja, sua vida pública entre os homens livres. Cada cidadão pertence a duas ordens de existência humana : uma, naquilo que é próprio ou particular a cada ser, e a outra, no que é comum⁴⁰. A partir desta ruptura social, a

³⁸ CHAUI, M. *O que é ideologia*. p.90.

³⁹ ENGELS, F. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. “ É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da ‘ordem’. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais é o Estado”.p.191.

⁴⁰ ARISTÓTELES. *A política*. Tradutor Nestor Silveira Chaves. Introdução Ivan Lins. Coleção Universidade. Rio de Janeiro : Edições de Ouro, 1981.

existência humana passa acontecer em ambientes distintos, cujas regras, bem definidas interpenetram-se em alguns pontos; de modo que, às vezes, uma norma que, em tese, deveria determinar certo espaço, invade outro⁴¹.

A participação na vida pública vai depender da autonomia do indivíduo na esfera privada. Um entendimento simplista do que seja privado foi visto, anteriormente, como o que não é público; caracterizando-se por tudo que é reservado a cada indivíduo, e devendo ser respeitado por toda a sociedade e, resguardado por um Estado devidamente instituído. Da mesma forma, o público é o que se refere ao povo em geral, todos podem e devem saber.

A distinção seria:

... entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública, corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado;⁴²

Ou ainda:

Privat significa estar excluído, privado do aparelho do Estado, pois 'público' refere-se entretanto ao estado formado com o Absolutismo e que se objetiva perante pessoa do soberano. ... é em antítese ao 'sistema privado', o 'poder público'⁴³.

⁴¹ ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. "Em nosso entendimento, a linha divisória é inteiramente difusa, porque vemos o corpo de povos e comunidades políticas como uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca. ...o que chamamos de 'sociedade' é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem um fac – simile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada 'nação'. p.37- 8.

⁴² ARENDT, H., op.cit., p.37.

⁴³ HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. 15 ed.; Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984. O mesmo autor mais adiante faz o seguinte comentário: " A linha divisória entre Estado e sociedade, fundamental para o nosso contexto, separa a esfera pública do setor privado. O setor público limita-se ao poder público. Nele ainda incluímos a corte. No setor privado também está abrangida a 'esfera pública' propriamente dita, pois ela é uma esfera pública de pessoas privadas. Por isso, dentro do setor restrito às pessoas privadas, distinguimos entre esfera privada e esfera pública. A esfera privada compreende a sociedade civil burguesa em sentido mais estrito, (...); a família, com sua esfera íntima, está aí inserida. A esfera pública política provém da literária; ela intermedia, através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade". p.24.

Em sua obra - *A condição humana* - HANNAH ARENDT argumenta que, para que haja identidade dos sujeitos, é necessário, antes de tudo, a existência do espaço público, onde se é visto e ouvido por todos, onde os homens se reconheçam como cidadãos, estabelecendo um mundo comum, que não é uno, e onde cada ator pode ver, diferentemente, o mesmo objeto, sob aspectos diferentes. É nesse espaço, que a política ocupa seu lugar. Para a autora, na *polis* grega, ordenou-se um espaço público, longe da esfera das necessidades, que o homem se vê obrigado a suprir com o labor, no qual eles se reconheciam como iguais e onde a palavra e a ação⁴⁴ encontravam seu espaço próprio. Esse espaço faz surgir o poder, pelo qual os homens, através da ação e do discurso, buscam o que é melhor para todos. Tal espaço possibilita, também, o surgimento de um mundo comum, que não é uno; um mundo no qual é realizada a natureza humana, que não é possível se constituir nem pelo trabalho (aqui entendido como artificialismo da existência humana) e nem pelo labor. O que é público, no seu modo de ver, é o que, verdadeiramente, dá sentido ao mundo e a cada um de nós. É o próprio mundo comum a todos e, ao mesmo tempo, diferente, sendo que cada um tem sua individualidade.

A presença de outros que vêem o que vemos e ouve o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos; e embora a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida, tal como se jamais se conheceu antes do surgimento da era moderna e do concomitante declínio da esfera pública, sempre intensifica e enriquece grandemente toda escala de emoções subjetivas e sentimentos privados, esta intensificação sempre ocorre às custas da garantia da realidade do mundo dos homens⁴⁵.

⁴⁴ Aqui entendida como única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria.

⁴⁵ ARENDT, H., op. cit., p.60.

Observa-se que a mera existência na esfera privada, é uma espécie de existência incerta e obscura, uma morte em vida. Em contraposição a esta espécie de morte, existe a categoria da natalidade, cuja atualização requer o espaço público, onde se efetivará a liberdade de ação. Dessa forma, através da união da ação (*praxis*) e do discurso (*lexis*) surge a esfera pública. Por meio da ação, o homem se mostra e por meio do discurso, torna-se plural. Esta pluralidade tem o duplo caráter de igualdade e diferença. Igualdade, que está, intrinsecamente, ligada ao aparecer perante os outros, no espaço público, enquanto, os outros aparecem para ele. Sob esta condição, tornar-se-ia possível ver, ouvir e agir, ser visto, fazer-se ouvir e permitir que o outro possa agir. A diferença permite ao homem, ao longo do tempo, exprimir definições e diferenças com o mundo que o cerca e, por outro lado, partilhar tudo que vive. Sem essas condições (ação e discurso) a vida deixaria de ser vivida entre os homens, e se não o é, dessa forma, deixaria de ser vida humana.

Sem o discurso, a ação deixaria de ser ação, pois não haveria ator; e o ator, o agente do ato, só é possível se for, ao mesmo tempo, o autor das palavras; A ação que ele inicia é humanamente revelada através de palavras; e, embora o ato possa ser percebido em sua manifestação física bruta, sem acompanhamento verbal, só se torna relevante através da palavra falada na qual o autor se identifica, anuncia o que fez, faz e pretende fazer⁴⁶.

O que mantém unidas as pessoas depois da ação é o poder (em grego, *dynamis*, em latim, *potentia* e, em alemão *Macht*, indica potencialidade), que, por sua vez, mantém o espaço público. As pessoas, que se isolam, e, que não participam da

⁴⁶ ARENDET, H., *A condição humana*. p. 191.

convivência, renunciam ao poder e se tornam impotentes. Ou seja, só se vive, verdadeiramente, na esfera pública.

Na esfera privada, no ambiente doméstico, os homens viviam juntos já que a companhia do outro tornara-se imprescindível. Na esfera doméstica, reinavam as seguintes necessidades: o labor do homem no suprimento dos alimentos e o labor da mulher na procriação.

O homem moderno tem perdido a sua fé na transcendência, e, alienado, traz à esfera pública suas necessidades. A ação foi vinculada ao fazer e ao processo, possibilitando tal vinculação à vitória do *animal laborans*. Com a liberação do labor, desaparecem, ao mesmo tempo, a esfera pública e a esfera privada, duas faces da mesma moeda.

Consequentemente, ocorreu um desenraizamento do homem que se manifestou na desagregação da vida privada e das ramificações sociais.

Perdendo sua fé na transcendência, o ser humano, ao invés de voltar ao mundo externo, foi arremessado para dentro de si mesmo, no mundo interno. Nesse estágio da “evolução humana” e com o advento do social, diante do qual a sociedade espera que cada indivíduo desempenhe o papel que lhe foi destinado, aparecem as classes sociais e se transformam em sujeitos de interesse. O homem perde a ação e com ela a liberdade.

Com a perda da ação, entra em cena a opinião única, que, por sua vez, elimina a diversidade dos pontos de vista sobre os fatos e coisas. Aqui, o risco de isolamento é grande, e este destrói a capacidade política do homem e seu agir.

O homem isolado, que perdeu seu lugar no terreno político da ação, é também abandonado pelo mundo das coisas, quando já não é reconhecido como *homo faber*, mas tratado como *animal laborans*, cujo necessário ‘metabolismo com a natureza’ não é do interesse de ninguém⁴⁷.

Em sua obra, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, JURGEN HABERMAS afirma que houve uma articulação de um espaço denominado “esfera literária”, onde os homens pretendiam ser livres da dominação e do poder. No entanto, com o advento do mercantilismo, a produção eleva-se acima dos limites do poder doméstico, tornando-se de interesse público. A família burguesa, que decidia apenas de acordo com as leis do mercado, permanecendo imune às interferências do Estado, via-se diante de uma emancipação psicológica e encontra na “esfera literária” um esboço da esfera pública, que, depois de redirecionar suas funções, rompe com os limites do poder estatal e constitui a esfera pública burguesa.

A subjetividade, originada na esfera íntima da pequena família patriarcal burguesa, cuja característica marcante é a perda do poder de reprodução de vida, encontra na esfera pública literária o arcabouço de uma esfera pública política (ação, agir com comunicação), que, depois de redirecionada (ação, agir com estratégia), busca um espaço (esfera pública burguesa), onde não haveria dominação e poder.

Com a passagem da economia mercantilista para a economia de produção capitalista, as atividades e relações, que se encontravam presas no âmbito da economia doméstica, passam para esfera pública. Isso quer dizer que a atividade econômica de cada família, individualmente considerada, seria orientada pelo intercâmbio mercantil

⁴⁷ ARENDT, H. Cf. *As origens do totalitarismo: totalitarismo, o paroxismo do poder*. p.243. A autora aponta o isolamento como base de toda tirania. Apud MARTINS NETO, J. Passos. *Uma introdução do estudo do leviatã*. Dissertação de mestrado. Florianópolis. 1993.

controlado fora dos limites domésticos⁴⁸. Assim, quem passa a ditar as regras é a rentabilidade da produção, que se torna interesse de toda coletividade. Esta relação do poder público, no âmbito da economia doméstica, origina uma esfera crítica na qual despontam dois enfoques, quais sejam: o primeiro, onde o setor privado delimita a sociedade em relação ao Estado. O segundo, o poder público eleva a reprodução acima dos limites do poder doméstico privado, transformando-a em interesse público.

No plano da família, o que era tido como privado foi reduzido ao estabelecido entre o tempo livre ou não ocupado pelas atividades profissionais, e o tempo de serviço, que inicia o trabalho profissional. Dentro da própria família há o isolamento o qual se referia ARENDT e confirma HABERMAS:

Caso olhemos para o interior de nossas moradias, então se descobre que o 'espaço familiar', o local de permanência em comum para o homem, a mulher as crianças e a criadagem tornou-se cada vez menor ou desapareceu por completo. Em compensação, os quartos privados de cada um dos membros da família tornaram-se cada vez mais numerosos, sendo decorados de modo característico. O isolamento do membro da família, mesmo no interior da casa, passa a ser considerado algo positivo. (...) A linha entre a esfera privada e a esfera pública passa pelo meio da casa. As pessoas privadas saem da intimidade de seus quartos de dormir para a publicidade do salão: mas uma está estreitamente ligada à outra⁴⁹.

Assim, outra alternativa não há para a família senão a de reduzir-se à sua função mais simples, a procriação. Função esta que a caracterizava desde a

⁴⁸ HABERMAS, J., op. cit., "A atividade econômica privatizada precisa orientar-se por um intercâmbio mercantil mais amplo, induzido e controlado publicamente; as condições econômicas sob as quais ocorrem agora, estão fora dos limites da própria casa; são pela primeira vez de interesse geral". p. 33.

⁴⁹ HABERMAS, J., op. cit., p.61-62.

Antigüidade. Mas fica evidente que sua característica maior, atualmente, é a separação do contexto funcional do trabalho social, que se expressa na dissolução da “propriedade familiar”, partindo para a renda individual. Pode-se dizer que a família, cada vez mais, interioriza-se em contraposição com a socialização, “publicização” do trabalho de cada um dos indivíduos que compõem a família.

A redução da esfera privada aos círculos internos de uma família *strictu sensu*, em grande parte despida de funções e enfraquecida em sua autoridade – a felicidade no recanto do lar –, só na aparência é que há uma perfeição da intimidade, pois à medida que as pessoas privadas abandonam os seus papéis obrigatórios e se recolhem ao espaço livre das negociações do tempo de lazer, acabam caindo imediatamente sob a influência de instâncias semi-públicas, sem a proteção de um espaço intrínseco institucionalmente garantido. O comportamento durante o tempo de lazer é a chave para a ‘privacidade sob holofotes’ das novas esferas, para a desinteriorização da interioridade declarada. O que hoje se delimita como setor do tempo de lazer ante uma esfera autonomizada da profissão assume tendencialmente o espaço daquela esfera pública literária que, outrora era a referência da subjetividade formada na esfera íntima da família burguesa⁵⁰.

Os dois autores, ARENDT e HABERMAS afirmam que só haveria mudanças e possibilidade de acerto se comessem tudo de novo, ou com uma comunicação livre de violência. Para a primeira autora, não existe possibilidade de o homem reconciliar-se com a história, já o segundo entende que o fim é a reconciliação do homem com a história. Ação e a interação respectivamente. Ambos acreditam no agir espontâneo do ser humano.

⁵⁰ HABERMAS, J., op.cit., Neste contexto cabe frisar o papel dos meios de comunicação, ou seja através da publicidade, existe uma influência, uma forma inimaginável, na esfera privada de a esfera privada, que pode levar a uma desestabilização familiar. p.189.

O espaço público e o espaço privado travam batalhas nas quais cada um se coloca como o maior e, muitas vezes, o mais importante. Ressalta-se que tal importância, depende do momento histórico que é vivido pela humanidade e da individualidade de cada pessoa em sua subjetividade.

Uma vez que a nossa percepção da realidade depende totalmente da aparência, e portanto, da existência de uma esfera pública na qual as coisas possam emergir da treva da existência resguardada, até mesmo a meia-luz que ilumina a nossa vida privada e íntima deriva, em última análise, da luz muito mais intensa da esfera pública. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público; neste só é tolerado o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado. É claro que isto não significa que as questões privadas sejam irrelevantes; pelo contrário, veremos que existem assuntos muito relevantes que só podem sobreviver na esfera privada. O amor, por exemplo, em contraposição à amizade, morre ou, antes, se extingue assim que é trazido a público. [...] Dada a sua inerente natureza extraterrena, o amor só pode falsificar-se e perverter-se quando utilizado para fins políticos, como a transformação ou salvação do mundo. [...] significa apenas que a esfera pública refluíu quase inteiramente, de modo que, em toda parte a grandeza cedeu lugar ao encanto; pois embora a esfera pública possa ser grande, não pode ser encantadora....⁵¹ (não existe grifo no original).

As questões, aqui colocadas, sugerem que, com a evolução do Estado, tanto a esfera pública, quanto a esfera privada foram atingidas, existindo uma disputa de poder entre pessoas e Estado,⁵² de tal forma que, leva-se à procura de uma melhor compreensão dos direitos fundamentais, especialmente, da liberdade e da igualdade.

⁵¹ ARENDT, H., op. cit., p.61-62.

⁵² AVRITZER., Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo : Perspectiva, 1996. Tal disputa envolveria a universalidade dos procedimentos (o agir) das pessoas e instituições, de modo a possibilitar

Ressalte-se que, no Estado moderno, a forma como estes direitos, constitucionalmente garantidos, vão se materializar, propõe algumas questões, tais como: até que ponto a intervenção estatal, bem como o controle social exercido pelo Estado através de seus aparelhos, pode interferir nestes direitos?

Enquanto organizador estrutural da sociedade, o Estado, de certa forma, delimita os espaços, seja o público ou privado, nas relações sociais. Se, por um lado, o Estado brasileiro busca através de sua Constituição regras de convivência social que o caracterizam como Estado democrático de Direito, por outro lado, verifica-se que este mesmo Estado, que se quer mínimo e neoliberal, garante os direitos fundamentais e invade áreas que dizem respeito apenas ao cidadão. Age como um “irmão mais velho que vela pelo menor”, no clássico procedimento “morde e assopra”.

Examinar tais direitos fundamentais, em face do intervencionismo estatal, é a proposta do segundo capítulo.

CAPÍTULO II

DIREITOS FUNDAMENTAIS X INTERVENÇÃO ESTATAL

O Estado, como fator histórico - jurídico, traz consigo a dicotomia público/privado, refletindo suas normas diretamente sobre os cidadãos. Historicamente, estes cidadãos formam, no decorrer dos tempos, sujeitos de cada vez mais direitos. Tais direitos, ampliados com as conquistas e a evolução da espécie humana, buscaram nas garantias individuais e coletivas a convivência social equilibrada.

Assim, o presente capítulo, dedica-se ao exame destes direitos fundamentais, especialmente, a liberdade e a igualdade, em face do intervencionismo estatal.

1 - Dos Direitos fundamentais

Na linguagem jurídica, o emprego do vocábulo fundamental é necessário, porque serve de base ou alicerce para algo. Quando se fala em direitos fundamentais, torna-se necessário esclarecer o gênero. A atual Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Título II, utiliza tal expressão genericamente. A doutrina utiliza outros tantos termos com o mesmo sentido. Muitos autores mencionam que certas expressões como liberdades públicas, direitos humanos, direitos subjetivos públicos são empregados com o mesmo significado de direitos fundamentais.

De acordo com GOMES CANOTILHO, têm-se usado ultimamente, os termos direitos dos homens e direitos fundamentais como sinônimos, mas o constitucionalista português entende que :

...direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta⁵³.

Vários autores, entre eles destaca-se N. BOBBIO⁵⁴, afirmam que os direitos fundamentais são históricos, originados em certas circunstâncias, caracterizados pelas lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, cujo surgimento veio de modo gradual, nunca de uma só vez ou mesmo definitivamente.

⁵³ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 12

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

Considerando que os direitos fundamentais estão contidos no Direito Constitucional e, que dentro deste ramo do Direito, se estabelecem para os cidadãos os limites e garantias dos indivíduos de *per si* ou agrupados, DINIZ⁵⁵ afirma que os mesmos apresentam as seguintes características:

Historicidade- eles são encontrados em uma cadeia evolutiva em consonância com o crescimento da raça humana;

Universalidade- são, por natureza destinados a todos os seres humanos, pertencem a todos e deve-se garantir que todos possam usufruí-los;

Limitabilidade - não são absolutos, por vezes, podem se chocar, aqui, verifica-se que interesses privados e coletivos podem colidir, até mesmo para que se garanta a sobrevivência de todos;

Concorrência - podem ser acumulados e, em muitos casos devem somar, para que, efetivamente, possam existir;

Irrenunciabilidade - os indivíduos não podem deles dispor, fazem parte da dignidade da pessoa humana;

Concomitantemente a estas características, os direitos fundamentais são classificados de tal forma que se possa dimensionar sua origem e seu alcance.

Direitos humanos naturais : Absolutos e imutáveis, válidos para todos os homens, adstritos à condição de ser humano;

Direitos humanos positivados nas Declarações Internacionais: Abrange toda a humanidade, dependem da ratificação pelo governo de cada nação; aqui, a interferência estatal é essencial uma vez que vai envolver o tipo de governo, ideologia, etc.;

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p.128.

Direitos fundamentais: Estão contidos em uma Constituição: irá depender da Constituição de cada nação, cada uma terá normas em sintonia com o tipo de governo;

Liberdades públicas : Garantem a não intervenção do Estado, de um lado, e possibilita sua intervenção na área econômica – social. Garantir-se-á ao cidadão que o Estado não interferirá em alguns aspectos de sua vida e, em contrapartida, permitirá a intervenção do mesmo em algumas áreas, possibilitando a igualdade de condições para todos ou pelo menos para a maioria. As liberdades públicas constituem o núcleo dos direitos fundamentais; a elas são atribuídas a coercibilidade, de modo que possam ser restauradas ainda que o Estado seja o violador.

Direitos da personalidade: São absolutos porque são oponíveis *erga omnes*, contra todos os cidadãos e contra o Estado. Trata-se de expressar os direitos fundamentais ou humanos perante os particulares. São os direitos subjetivos privados; seu âmbito limita-se às relações entre os particulares, tais como a vida, a integridade física, a liberdade, a privacidade, etc. A terminologia direitos subjetivos se enquadra na categoria do ser de cada pessoa humana.

A vida, integridade física, a liberdade, etc., constituem aquilo que nós *somos*. Ora, não se vê por que razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do *ter*, deixando de fora a categoria do *ser*. Tanto mais (...) que esta última abraça, precisamente, como já se disse, os bens mais preciosos respeitantes à pessoa⁵⁶.

A doutrina dos direitos fundamentais, que tem grande peso no constitucionalismo, não nasceu no século XVIII e ela nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já despontava na Antigüidade. Os sofistas diziam : “ por

⁵⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p.85.

natureza são todos iguais quer sejam bárbaros ou helenos”⁵⁷. Em sua obra *De legibus*, no Livro I, CICERO afirma : “ A lei é a razão suprema gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que não se deve fazer”⁵⁸.

No pensamento dos estóicos, o princípio da igualdade assume um lugar destacado, porque todos os homens se encontram sob uma unidade e são cidadãos do grande Estado Universal. No século XIII, com a Suma Teológica, TOMÁS DE AQUINO dizia ser a lei “divina suprema e natural”⁵⁹. Com a Escola de Direito Natural e das Gentes, GRÓCIO⁶⁰ e PUNFENDORF⁶¹ inauguram o jusnaturalismo racionalista. Para eles, o homem tem direito a uma liberdade e igualdade naturais fundadas na reta razão, ou seja, direitos que correspondem ao Estado natureza. Também, marcam época as Cartas de Franquia e os Forais, na segunda metade da Idade Média, não obstante serem restritos a uma pequena fração humana. Com a Magna Carta, de João Sem Terra, em 1215, também se vislumbrou judicialidade, o que vem a ser um dos princípios de direito, embora aquele documento só se preocupasse com os direitos dos ingleses.

⁵⁷ ABRÃO, B .Siqueira. *História da Filosofia - Os Pensadores*. São Paulo : Nova Cultural, 1999. p.36.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p.38.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, p.114 -18.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p.112. GROCIUS OU GROTTIUS – Huig Van Groot, jurisconsulto e filósofo holandês (1583-1645)

⁶¹ Idem, *ibidem*. Filósofo, jurisconsulto e historiador alemão (1632-1694).

Com as várias declarações das colônias inglesas, a Declaração de Virgínia⁶², em 1776, tornou-se a mais famosa em função de sua importância histórica.

Igualmente famosa, a declaração norte-americana aprovada pela Convenção de Filadélfia, em 1787⁶³. Da mesma forma, a Declaração Francesa de 1789, feita como pacto social, veio a se tornar a Constituição de 1791, um pacto político de grande importância para a história da humanidade, por sua vocação universalizante⁶⁴. A

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed.; São Paulo :Malheiros,1999. Consta da Declaração de Virgínia, em seus dezesseis artigos, os seguintes direitos: “ todos os homens são por natureza livres e independentes; todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos são hereditários; os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas preenchidas por eleições freqüentes, certas e regulares; as eleições dos representantes do povo devem ser livres; é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimentos dos representantes do povo; assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado da liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata da prova do crime; a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempos de paz, devem ser evitados, como perigosos para liberdade; e que em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado; todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência”. p. 157-58.

⁶³ SILVA, José Afonso da., op. cit., Resumo da Convenção da Filadélfia :“ liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição, inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos; direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias suficientes ;garantia do direito de propriedade, de não se poder privar o cidadão do seu uso senão para uso público e com justa compensação ;direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do estado distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um vedação de exigências de fiança e multas excessivas, bem como de infligência de penas cruéis ou inusitadas; proibição da escravatura e servidão involuntária; garantia de que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos norte-americanos qualquer que seja sua raça ou cor ;garantia de igual proteção das leis, ou seja: igualdade perante a lei ;garantia ao direito de sufrágio igual a todos os cidadãos que , por isso, não poderá ser restringido por motivo de raça ou cor ;direito de voto às mulheres ;proibição de leis retroativas, leis *ex post facto*; proibição de *bill of attainder*, lei de proscrição ;proibição de suspensão de *habeas corpus* ; garantia de que a enumeração de certos direitos na Constituição não seja interpretada como denegação ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou” . p.159-60.

⁶⁴ SABATOSVSKI, Emílio. FONTOURA, Iara. *Constituição federal de 1988*. 5 ed.; Curitiba: Juruá, 2000. “O texto da declaração de 1789 é de estilo lapidar , elegante, sintético, preciso e escorreito, que em dezessete artigos, proclama os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias

Revolução Francesa foi um marco na evolução dos direitos fundamentais, seu lema profetizou a seqüência histórica dos direitos e sua efetiva institucionalização. A palavra Revolução, após 1789, passa a significar início de uma nova era, distinta daquela que precedeu. Foi a valorização da ação do homem, buscando atender suas necessidades como ser plural.

No século XVII, a doutrina a respeito dos direitos do homem já possuía bases sólidas, mas apenas no século XVIII, com o Iluminismo, é que a mesma se expandiu. A época da constitucionalização ou positivação dos direitos do homem foi marcada pela Constituição de Weimar (Constituição da Alemanha Republicana, em 1919), sendo que o modelo alemão foi seguido na Europa e chegou ao Brasil com a Constituição de 1934.

Também relevante, a Declaração Universal dos Direitos do Humanos⁶⁵, aprovada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas- ONU,

individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, ...". SILVA. Op. Cit., p.162. Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, aprovada, em 26 de agosto de 1789, pela Assembléia Nacional Francesa. " Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada". p.217-18.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da., op. cit., A Declaração Universal dos Direitos do Humanos possui trinta artigos que reconhecem os direitos fundamentais do homem. "Encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados *direitos e garantias individuais*, certamente impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida, à liberdade (de locomoção, de pensamento, de consciência, de religião, de opinião, de expressão, de reunião e de associação), à segurança pessoal, à nacionalidade, de asilo, de propriedade; condenação da escravidão, da servidão, da tortura, de penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradante; reconhecimento da personalidade jurídica; respeito à intimidade (pessoal, familiar, epistolar de domicílio); direito de constituição de família; direito de circular e de escolher residência ; proteção igual perante aos tribunais, garantia contra medidas arbitrárias, de plena defesa, de não retroatividade da lei penal e presunção de inocência até o julgamento final; direitos políticos de participação no governo, de votar e ser votado, de acesso às funções públicas; garantia de eleições autênticas, periódicas, mediante sufrágio universal e igual, e voto secreto ou procedimento equivalente. O documento consubstancia os *direitos sociais do homem*. Proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, e estabelece o princípio de interpretação da Declaração sempre em benefício dos direitos e liberdades nela proclamados". p.167- 68.

em que se percebeu a solidificação dos direitos civis, políticos e sociais, inspirados nestes ideais revolucionários de 1789, abrindo caminho para aqueles que seriam chamados os direitos da terceira geração.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que a desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens tenham a liberdade de palavra e de crença, libertados do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem; Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos por um regime de direito para que o homem não seja compelido, como último recurso, à revolta contra a tirania e a pressão; (...) Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e calor da pessoa humana, na igualdade de direito dos homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; (...) Considerando que uma concepção comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso⁶⁶.

Como já foi mencionado, a Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5º, *caput*, a proteção ao direito individual, à liberdade e à igualdade. Este dispositivo está em consonância com os tratados internacionais que protegem os Direitos Humanos. Uma trajetória que se iniciou na transição para a Idade Moderna com o advento do direito comunal europeu fundado na liberdade e na igualdade, que se opunha à divisão social e ao sistema feudal. Com o absolutismo contestado, houve uma imposição para o reconhecimento dos direitos fundamentais, não obstante a existência de mecanismos protetores dos direitos humanos desde a Antiguidade. No entanto, o

⁶⁶ SABATOSVSKI, Emílio. FONTOURA, Iara., op. cit., p.218-219.

desenvolvimento pleno destes direitos se efetivará com o Estado Moderno, refletindo uma nova leitura das relações entre o indivíduo e o poder.

Existem duas dimensões dentro dos direitos fundamentais, uma que trata das relações indivíduo/Estado, e outra que trata das relações entre a comunidade, respectivamente, dimensão subjetiva e objetiva. Presume-se, favoravelmente, que os direitos fundamentais estariam mais afeitos à questão subjetiva dos indivíduos.

Desta forma existe um espaço, esfera individual de liberdade do cidadão, para resolver questões estritamente individuais, suas relações sociais, sua participação política, o que tem a ver, diretamente, com a sua capacidade de crescimento enquanto pessoa, e com a sua dignidade. Poder-se-ia citar o direito à vida, à integridade física, à honra, à liberdade e à igualdade. São normas que protegem os interesses e ideais de cada ser humano.

Na dimensão objetiva, o enfoque é centrado nas relações com toda comunidade e seus valores, pressupondo o valor da solidariedade, responsabilidade comunitária e a participação no contexto social no qual vive o indivíduo.

Existem algumas teorias a respeito dos direitos fundamentais, destacar-se-á apenas seis, sendo que as cinco primeiras foram formuladas por BOCKENDORF⁶⁷, e a última por MARX e ENGELS⁶⁸.

Teoria Liberal do Estado de Direito Burguês : surgiu com a doutrina constitucional liberal, cuja liberdade do indivíduo é colocada como anterior ao Estado.

⁶⁷ ERNEST- WOLFGANG BOCKENDORF, ex - juiz alemão que publicou suas teorias em 1974 em diversas revistas jurídicas daquele país.

⁶⁸ MARX, Karl. *Para crítica da economia política*. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 01 - 46.

Um dos precursores da idéia da liberdade de agir, de decidir sem intervenção do Estado foi C. SCHMITT⁶⁹. Assim a característica que norteia tal teoria é que os direitos fundamentais dizem respeito à natureza individual e fazem frente ao Estado.

Teoria Institucional : os direitos fundamentais, aqui, são vistos como institutos e só terão existência dentro deste arcabouço. A liberdade é exercida visando a realização de um objetivo institucional.

GOMES CANOTILHO adverte:

... o enquadramento dos direitos fundamentais no mundo institucional pode acarretar a 'paragem' dos próprios direitos na medida em que as instituições sejam consideradas mais como subsistemas de estabilização do que como formas de vida e de relações sociais (...) mutáveis no mundo evolutivo do ser social⁷⁰.

Teoria Axiológica : os direitos fundamentais são compreendidos em função daqueles valores aceitos dentro de uma determinada sociedade. Porém, oferece pouca segurança jurídica;

Teoria Democrática - Funcional : os direitos fundamentais são necessários para realização do bem comum, que, por sua vez, entende que este bem será efetivado via democracia. Aqui, a intervenção estatal é patente, os cidadãos não exercem seus direitos e, sim, cumprem uma função democrática;

⁶⁹ Cf. CORDEIRO, Renato Caporali. *Da riqueza das nações à ciência das riquezas*. São Paulo : Loyola, 1995.

⁷⁰ GOMES CANOTILHO, J.J., op. cit., p. 17.

Teoria do Estado Social : os direitos fundamentais são postos na dimensão subjetiva e objetiva e com a devida efetivação via os mecanismos processuais.

O Estado tem o dever institucional de realizar tais direitos;

Teoria Socialista : os direitos fundamentais existem enquanto dever do cidadão na construção da sociedade comunista. Os direitos são dirigidos para certos fins, visando a funcionalidade da sociedade.

Do exposto, depreende-se quão intrincada é a questão dos direitos fundamentais, notadamente quando se analisam a liberdade e a igualdade. Os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos brasileiros, enquanto normas constitucionais que são, devem ser compreendidos tendo em vista os princípios que norteiam essas normas. Assim, são normas passíveis de limitação. Verifica-se que os dois direitos, lemas da Revolução francesa, muitas vezes se chocam posto não ser possível falar de liberdade quando não se tem igualdade de condições.

A Constituição brasileira em vigor, em vários momentos, apresenta restrições ao exercício desses direitos. Por exemplo, o Art. 5º, XVI, reza que : “todos podem reunir-se pacificamente e sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização,”. A restrição é expressa, só participa quem estiver desarmado e desde que a reunião tenha fins pacíficos.

A respeito das normas restritivas dos direitos fundamentais convém se reportar uma vez mais a GOMES CANOTILHO, que afirma ser necessário fazer algumas interrogações para identificar a restrição na norma:

- (1) Trata-se de efectiva restrição do âmbito de proteção de norma garantidora de um direito, liberdade ou garantia?
- (2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?
- (3)Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?

(4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela Constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)?⁷¹.

Muitos são os tipos de restrições impostas aos direitos fundamentais. Não há uma sistemática que abranja todos os fins a serem atingidos, embora uma tentativa de classificação se torna viável no âmbito do direito constitucional positivo.

Restrições diretamente constitucionais : aquela que é imposta e expressa na própria norma no inciso XVI, do Art. 5º, já citado parcialmente; “ todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais, abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

Restrições indiretamente constitucionais: Não são descritas explicitamente, mas autorizam o legislador a restringir, como no inciso XII do Art. 5º : “ é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipótese e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Limites constitucionais não escritos : Não estão escritos, nem subentendidos e, justificam-se em nome da salvaguarda de outros direitos constitucionais. Este limite talvez seja o mais difícil de se prever e o mais sujeito a perigos na sua aplicação, aqui a interpretação por meios de princípios é indicada.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem deixando claro nas suas decisões, o entendimento de se aplicar o caráter principiológico das normas

⁷¹ GOMES CANOTILHO, J.J., op. cit., p. 21.

constitucionais, sobretudo quando as normas se referem às liberdades de pensamento, de consciência, de imprensa, de reunião, de religião, política-partidária, etc.. Assim, sob o argumento do princípio da proporcionalidade, ou seja, daquilo que é mais importante, justifica-se a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos fundamentais.

No entanto, não se deve perder de vista o que significam os Direitos Fundamentais, principalmente os direitos individuais, pois os verdadeiros direitos individuais visam a garantir à pessoa humana um espaço vital mínimo contra as interferências do outro. Ressalte-se, aqui, que este “outro”, refere-se não só às pessoas, como, também, ao Estado.

2.1 - Da Liberdade

A Declaração de Virgínia, em 1776, em sua cláusula primeira, já trazia o enunciado da liberdade entre os homens. Da mesma forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Assembléia Nacional Francesa, em 1789, originada da Revolução Francesa, proclamava, no seu Artigo primeiro, que “*os homens nascem livres e continuam livres e iguais em Direitos*”. Neste século, logo após a 1ª Guerra, a Constituição de Weimar, de 1919, deu destaque aos direitos sociais colocando três capítulos referentes às Liberdades Individuais, Sociais e Religiosas. Em 1948, a Organização das Nações Unidas - ONU publica a Declaração Universal dos Direitos que se inicia proclamando a liberdade e a igualdade entre os homens:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em suas relações com espírito de fraternidade.

Considerada como direito natural do homem, a liberdade se manifesta de diversas formas, liberdade de crença, de consciência, de propriedade, de pensamento⁷².

O que é ser livre? Fazer o que se quer, da forma como se quer e no momento desejado? Tamanha liberdade não levaria ao caos? Estas e tantas outras indagações povoam as mentes dos homens há muito tempo. Para os estóicos, liberdade é tudo que resulta da superação das paixões. Muitas vezes, na tentativa de encontrar respostas, a liberdade era atrelada a outras palavras, como à necessidade e à contingência. Assim, representavam-nas por meio de figuras míticas e sob este ângulo eram dadas explicações:

.... três Parcas ou Moiras, representando a fatalidade, isto é o destino inelutável de cada um de nós, do nascimento à morte. Uma das Parcas ou Moiras era representada fiando o fio de nossa vida, enquanto a outra tecia e a última cortava, simbolizando a morte. A contingência (ou o acaso) era representada pela Fortuna, mulher volúvel e caprichosa que trazia nas mãos uma roda, fazendo-a girar de tal modo que quem estivesse no alto (a boa fortuna ou boa sorte) caísse (infortúnio e má sorte) e quem estivesse embaixo fosse elevado⁷³.

Para a filosofia estoicista, a liberdade e a igualdade são inerentes à natureza humana. Com o Cristianismo, que exaltou a dignidade humana, dizia-se que a liberdade humana não se sujeitava a nada. Criados à imagem e semelhança de Deus,

⁷² Cf. ABRÃO, B. Siqueira., op. cit., LUTERO, entendia a vida religiosa como forma da soberania do homem sobre o mundo, ESPINOZA definia liberdade pela potência interna de agir, necessário pois desenvolver uma força capaz de remover obstáculos, interpretar o significado do empecilho e enfrentá-lo, LOCKE, considerando a sociedade local onde o individualismo possessivo a domina, diz ser o indivíduo proprietário e ser livre, KANT para o homem deixar de ser incapaz tem que se servir do seu próprio entendimento, usar livre e publicamente seu pensamento. p. 174-176, 215-224, 239-242, 305-314.

⁷³ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. p.360.

todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir”⁷⁴.

Poder-se-ia falar em outras tantas formas de liberdade, como a econômica, a social, a política, a metafísica, etc., entretanto é necessário se fazer um recorte para inserir a “dialética da liberdade e da necessidade”. Trata-se da não responsabilidade do homem pelos seus atos, quando o mesmo não é livre. O indivíduo precisa dispor de certa liberdade para agir e decidir, intervindo conscientemente nos seus atos. Muitos autores tentaram superar tal dialética, entre eles SPINOZA⁷⁵, HEGEL⁷⁶ e MARX-ENGELS.

Para SPINOZA, “o homem como parte da natureza está sujeito às leis da necessidade universal”⁷⁷. Mas saber dessa necessidade e sujeitar-se a ela, não o torna livre, o que o tornará livre é o conhecimento dela. Ser livre é ter consciência da necessidade, compreendendo-a, e, conseqüentemente, não se sujeitar cegamente à mesma.

Ao dizer que “a liberdade é a necessidade compreendida”⁷⁸, HEGEL seguiu o caminho de SPINOZA. No entanto, o primeiro relaciona liberdade com a história, ou seja, o conhecimento de cada necessidade vai depender diretamente da época em que se vive, do grau de conhecimento e desenvolvimento que se encontra a humanidade.

⁷⁴ ABRÃO, B. Siqueira., op. cit. p.501.

⁷⁵ BARUCH SPINOZA, filósofo holandês (1632-1677), CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*.

⁷⁶ HEGEL, G. W. Friedrich. *Estética – a idéia e o ideal*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.2-6; filósofo alemão (1770-1831).

⁷⁷ ABRÃO, B. Siqueira., op. cit., p.222.

⁷⁸ Idem, ibidem, p.359.

Assimilando a questão da liberdade como conhecimento da necessidade e sua historicidade, MARX-ENGELS acrescentam “o processo de produção”, tendo em vista que não existe apenas uma transformação de uma escravidão cega para uma consciente. O desenvolvimento da liberdade se liga, necessariamente, ao desenvolvimento do ser humano, que se transforma e cria as riquezas, ou seja, que se vincula “ao processo de produção, que vai além do mundo dado, bem como ao processo de autoprodução do ser humano que constitui precisamente sua história”⁷⁹.

Liberdade, então, pode significar muitas coisas. Destacar-se-á três interpretações: a ausência de condições ou limites, absolutas, integrais; a liberdade como necessidade do homem, que pertence ao mundo e ao Estado e a liberdade como possibilidade de escolha, sendo pois finita.

Hoje, a liberdade humana está condicionada a limites e medidas, não sendo mais uma escolha pura e simples e sim uma possibilidade de escolha, e isto vale para a todas as formas de liberdade, ou seja, em qualquer etapa da vida humana.

Faz colocação dessa natureza, N. ABBAGNANO ao comentar a questão das liberdades políticas na contemporaneidade⁸⁰. BOBBIO, entretanto, chama a atenção para o significado da liberdade individual entre os neoliberais “... o poder que o indivíduo tem para assegurar para si alimentação, moradia e vestuário suficientes”⁸¹. Questiona-se, então, a questão da liberdade, que atinge a todos, mas, principalmente, a quem detém o poder

⁷⁹ ABRÃO, B. Siqueira., op. cit., p.392.

⁸⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. “... as liberdades políticas são possibilidades de escolhas que asseguram ao cidadão de escolher sempre. Um tipo de governo não é livre simplesmente por ter sido escolhido pelos cidadãos, mas se, em certos limites, permitir que os cidadãos exerçam contínua possibilidade de escolha, no sentido da possibilidade de mantê-lo, modificá-lo ou eliminá-lo”. p.612.

⁸¹ BOBBIO, N. *Dicionário de política*. Tradutor Carmem C. Varriale et al. V. 2 Brasília : UNB, 1999. p.710.

econômico. Este estrato social, quando perde a liberdade, sentirá mais profundamente a perda, uma vez que o exercita com maior frequência (exemplos: poder de escolher roupa, transporte, alimentação, etc.), enquanto o menos favorecido, economicamente, não estando sujeito a estas escolhas, efetivamente, perde apenas um potencial do cidadão, ou seja, a possibilidade de optar.

A Constituição é quem deve limitar a liberdade, afirma BARROSO: “A Constituição é a forma jurídica perfeita para a limitação do poder e o exercício da liberdade ...”⁸².

Para os estudiosos do conhecimento humano, notadamente para os existencialistas, o homem é o sujeito de todas as suas ações e, dentro dos seus limites, que são finitos, é um construtor solitário de sua liberdade. Dentro da sua solidão, o homem se agrega em classes na tentativa de se fortalecer e fazer valer sua liberdade, e com a força das classes sociais, vive livremente.

Para DURKEIM:

... o que constitui a liberdade é a subordinação das forças exteriores às forças sociais; pois é apenas com essa condição que estas últimas podem se desenvolver livremente⁸³.

Assim, independentemente da forma e meios como se busca a liberdade, o homem anseia por ela, pois ser livre é próprio da condição humana. Parafraseando SARTRE, o destino do homem é ser livre⁸⁴.

⁸² BARROSO, Pêrsio Henrique. *Constituinte e constituição*. Curitiba: Juruá, 1999.p.56.

⁸³ DURKHEIM, Émile . *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1995.p.406

⁸⁴ SARTRE, Jean-Paul, filósofo e escritor francês, teórico do existencialismo. Apud ABRÃO, B. Siqueira., op. cit., p.444.

1.3 Da Igualdade

Tanto quanto a liberdade, muito discutido é o conceito de igualdade, enquanto direito fundamental, uma vez que é um conceito descritivo, assim como o da liberdade. Na verdade, tanto uma como a outra são ideais daqueles que buscam a paz e uma sociedade justa. Ocorre que, nesta procura, surgem muitas questões e poucas certezas tais como: Igualdade em relação a quê? Quais e quantos seriam os critérios para estabelecê-la? A lei, por sua vez, igualaria todos os desiguais? A igualdade formal e material seriam compatíveis? E as variáveis, que poderiam medir a igualdade de renda, de felicidade, de oportunidades, etc., seriam facilmente nela determinadas?

Tal qual a liberdade, com o advento do Cristianismo, a igualdade, veio sedimentar-se como um direito natural no seio da humanidade. Participando do mundo de Deus, onde todos são iguais, não haveria, pois, qualquer tipo de distinção, em razão de se nascer de uma cor ou de outra, livre ou escravo, rico ou pobre. O que podia parecer estranho ficou simples para os “filhos de Deus”.

Apesar da temática colocar outras tantas indagações, constatar-se-á que as desigualdades naturais entre homens e mulheres existem. Poder-se-ia, através de vários mecanismos, principalmente com vontade política, amenizar as desigualdades naturais, ou, ao contrário acentuá-las. Um exemplo, em que se verificou tal possibilidade foi com o movimento feminista, que buscando igualdade entre homens e mulheres, constatou que tal desigualdade tem origem na natureza humana (estrutura física do homem e da mulher), mas que, acima de tudo, cresceu e fortificou com os costumes, as leis, a dependência econômica, etc. Estes fatores podem servir de instrumento de atenuação ou acirramento dessa desigualdade.

Descrevendo a questão da igualdade/desigualdade, BOBBIO se manifesta da seguinte forma:

Os homens são entre si tão iguais quanto desiguais. São iguais por certos aspectos e desiguais por outros. Dando um exemplo bastante óbvio: são iguais diante da morte porque todos são mortais, mas desiguais diante do modo de morrer porque cada um morre de modo particular, diferente de todos os demais. Todos falam, mas existem milhares de línguas diversas. Nem todos, mas milhões e milhões de indivíduos mantêm uma relação com um além ignorado, mas cada um adora seu próprio Deus ou seus próprios deuses⁸⁵.

Não obstante a busca constante por igualdade, observar-se-á que a classe burguesa, enquanto classe dominante, consciente de seus privilégios, sempre clamou muito mais por liberdade do que pela igualdade. Provavelmente, porque tal igualdade iria de encontro aos seus interesses, uma vez que não se sente tão igual.

Assim, questiona-se a igualdade entre quem, em relação a quê e com base em quais critérios. A igualdade, como a desigualdade, existe e é fato. Não é possível a **igualdade absoluta** entre os homens, mesmo porque ela não existe, nem mesmo na própria estrutura física. As percepções de cada pessoa, os seus valores e os seus conhecimentos vão determinar o quanto se é ou não igual.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 reconhece a igualdade no seu sentido jurídico-formal, ou seja, igualdade perante a lei, referindo-se tanto aos que fazem a lei como aos que irão aplicá-la.

Como se vê no Artigo 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

⁸⁵ BOBBIO, N. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 103 - 04.

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

Dentro do próprio texto constitucional vão aparecer artigos e incisos que, buscando a igualdade dos desiguais, estabelecem normas neste sentido, como por exemplo:

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A igualdade prevista na Constituição é a forma pela qual o Direito busca um modo de viver em uma sociedade mais justa:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema fundamental⁸⁶.

A igualdade é o ideal maior e último da humanidade, que busca a justiça e a felicidade. É uma aspiração perene dos homens e se faz presente nas mais diversas teorias e ideologias irmanada com a liberdade.

No entanto, não é suficiente que tais direitos estejam protegidos por lei, mas que sejam inerentes à condição humana e que todas as pessoas possam reivindicá-los. Faz-se necessário que se amplie cada vez mais o âmbito de atuação dos direitos fundamentais. Uma igualdade formal precisa ser materializada, exigindo-se do poder público que promova condições necessárias para que a mesma seja real e efetiva. . Uma

⁸⁶ ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, Belo Horizonte : Lê, 1990. p.3.

forma de fazer com que as pessoas pudessem exigir essa efetividade, por parte do poder público, no que diz respeito à igualdade, é por meio da ideologia.

A ideologia possui várias funções dentro do relacionamento social, uma delas é justamente “apagar as diferenças”, seja no ambiente de trabalho, na família, na cidade e na nação. Só assim se fornece à sociedade o sentimento de “identidade social” tão necessário para manter a “paz social”. É necessário, porém, que o indivíduo tenha conhecimento dessa ideologia e conheça como a mesma funciona para não se deixar manipular.

Escrevendo sobre a igualdade na vida das pessoas, DURKHEIM faz a seguinte colocação:

A igualdade nas condições exteriores da luta não é apenas necessária para prender cada indivíduo à sua função, mas também para ligar as funções umas às outras⁸⁷.

A igualdade é o chão da casa na qual floresce a liberdade, é condição e não meta. Oportunidades iguais são oportunidades para escolhas desiguais.

O Estado Moderno está estruturado sob os princípios da liberdade e da igualdade, e estes, com as mudanças próprias da evolução humana, sustentam o Estado Democrático de Direito⁸⁸. Dentro da realidade social-histórica contemporânea, a igualdade e a liberdade buscam uma convivência jurídica efetiva, em que a luta por alcançá-las é permanente.

⁸⁷ DURKHEIM, Émile., op. cit., p.399.

⁸⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes., op. cit., “Do Estado Liberal, forjado a partir da revolucionária oitocentista, até o Estado Social, em que se ensaia viver atualmente, (...) fazer com que os direitos contemplados e formalmente assegurados nos documentos normativos fundamentais passassem a ter materialidade e efetividade, notadamente liberdade e igualdade” .p.32.

Outra consequência lógica e histórica da igualdade foi a extensão da liberdade a todos. No estado atual da civilização, tirar a liberdade é fazer desiguais os não livres, tirar igualdade é restringir a liberdade. Lógica e historicamente, caminham a liberdade e a igualdade no mesmo sentido, ainda que uma vá mais depressa que a outra, e que essa, mais atrasada, possa avançando, por algum tempo prejudicar aquela. A lição que nos fica é a conveniência de se lhes dar o mesmo ritmo e nunca permitir que uma se atrase. As grandes crises da Antigüidade, da Idade Média e dos tempos modernos, têm sido provocadas pela igualdade retardada⁸⁹.

Ao conferir ao Estado competência para atuar, o que impõe uma intervenção na sociedade, sem dúvida, existe o perigo da presença exagerada do ente estatal, o que poderia levar ao risco do ressurgimento do novo Leviatã hobbesiano. Mas, se o Estado não intervém em certas searas da sociedade, surgem grandes abismos sociais e econômicos que, com o tempo, tornam-se intransponíveis e que comprometem toda relação social. Não há, portanto, fórmula pronta, ideal. Sabe-se apenas que a liberdade e a igualdade devem estar presentes como forma de sustentação deste Estado.

O Estado capitalista, que se apresenta como um Estado popular, “tem suas instituições organizadas em torno dos princípios da liberdade e igualdade dos indivíduos”, sua legitimidade funda-se nos cidadãos “formalmente livres e iguais”, suas leis também são sistematizadas a partir destes mesmos princípios. Na verdade, este Estado é “o reino da lei”⁹⁰.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969. Rio de Janeiro :Forense, 1976. p.283.

⁹⁰ POULANTZAS, Nicos. *Poulantzas : sociologia*. Org. Paulo Silveira. Tradução Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo : Ática, 1984. p.16.

2 - Intervencionismo Estatal

A intervenção do Estado nas relações sociais, econômicas, políticas e financeiras é entendida como estatismo, ou seja, a ordem política que atribui ao Estado poderes em todos os campos da atividade humana. Intervir, quer dizer interpor-se, entre sujeito e objeto ou entre dois objetos.

Poder-se-á afirmar que o intervencionismo é um instrumento político-jurídico adotado pelo Estado moderno que interfere no sistema, preservando o mercado, buscando a dignidade humana em termos sociais, políticos e culturais. Ele é comum no Estado Moderno, podendo haver maior ou menor grau nesta intervenção. Dependendo da intensidade, poder-se-á escalonar da seguinte forma :

a) Intervencionismo liberal : Aqui, permite-se o livre-arbítrio, propriedade privada, livre concorrência, economia da oferta e da procura, com ação direta estatal - o Estado atua por meio das instituições e as medidas tomam caráter de política social;

b) Dirigismo autoritário : Próprio dos regimes fascistas. Subordinação do homem ao Estado, censura da imprensa, restrições à liberdade de opinião, opressão à lei da oferta e da procura;

c) Estado executante ou estatização : Substitui a sociedade de economia mista. Interfere no Estado de forma permanente ou provisória, assumindo a execução de serviços públicos, comerciais e os que produzem o desenvolvimento social econômico;

b) Totalitarismo : Próprio dos regimes comunistas. Não há liberdade de opinião, de imprensa, a propriedade, em geral, é uma instituição estatal. O Estado existe sozinho, e o homem se coloca a serviço do mesmo;⁹¹.

⁹¹ A classificação e considerações foram propostas a partir de ALDE SAMPAIO, em sua obra *a Estatização e seus limites*. Rio de Janeiro : Forense, 1977.

O intervencionismo originou-se, neste século, através de medidas econômicas, em razão do alto índice de desemprego e a conseqüente crise social e econômica. Vários estudiosos entendiam que tais problemas poderiam ser resolvidos se houvesse possibilidade de melhorar o sistema capitalista. Entre eles, destaca-se KEYNES⁹², que dizia : Os governos deviam fazer tudo para garantir o pleno emprego da mão-de-obra, redistribuindo lucros, de modo que houvesse um crescimento do poder aquisitivo dos consumidores de forma proporcional ao desenvolvimento da produção. Tal idéia proliferou nos países ocidentais, que acabaram por implementá-las.

A despeito das intenções, muitas nações se viram às voltas com problemas sociais e econômicos ainda maiores dos que já existiam. Alguns governos excederam na medida tornando-se autoritários, e em alguns casos, aniquilaram a democracia. Na verdade, há de existir um limite para tal intervenção, pois a mesma é de interesse público, embora este seja um termo variável, flexível, permissivo, o que vai tornar esse limite impreciso. Também, vale acrescentar que o “interesse público” pode ser manipulado pelo Estado, que vai usar a ideologia de forma a atender os seus interesses de permanecer no controle social. WOLKMER diz que esta seria uma das suas funções básicas:

A terceira função da ideologia está na sua atuação ‘como um instrumento de controle, de conflito e de integração’. Assim, a ideologia age visando a ‘minimizar diferenças de comportamento’(...), criando um núcleo de necessidades comuns entre membros e induzindo a um método comum de expressar diferentes necessidades⁹³.

⁹² JOHN MAYNARD KEYNES, economista e financista britânico, (1883- 1946).

⁹³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, 3 ed.; São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p.106.

Historicamente, a constante intervenção do Estado na economia vai redefinir as funções e os limites do Estado. O *Welfare State* e o fracasso das políticas de bem-estar social, originadas em grande parte pela onerosidade do capital em função das grandes despesas públicas e a eclosão do mundo soviético, fazem ressurgir os princípios do liberalismo sob o nome de neoliberalismo. O “novo modelo” de governo impõe uma diminuição imediata e rigorosa nos gastos públicos, na ação e nas funções do Estado. É o capitalismo sem regras, sem fronteiras. Constata-se aqui que, muitas vezes, quem de fato detém o poder de intervir ou não são os grandes conglomerados industriais e financeiros, notadamente, nos países mais pobres como os da América Latina e África.

Alguns autores o nominam como doutrina neocapitalista, como é o caso de NOGUEIRA SILVA, que entende a nova doutrina como uma mistura dos elementos capitalistas, socialistas e comunistas.

... o neocapitalismo :

- a) garante a propriedade privada, tal como o capitalismo e o socialismo;
- b) aproveita do socialismo a ótica social, embora em sentido negativo: adota o instituto da desapropriação contida na Constituição brasileira, em relação às propriedades que forem utilizadas para fins contrários ao interesse sociais. (...);
- c) aproveita do socialismo e do comunismo o direito exclusivo de propriedade do Estado sobre determinados meios de produção;

No que respeita aos serviços públicos, o Estado neocapitalista aproveita do socialismo e do comunismo a titularidade exclusiva para prestá-los, ainda que podendo delegar aos particulares a respectiva execução;⁹⁴

⁹⁴ NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Curso de Direito constitucional*. 2 ed.; São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. p.56.

Já foi dito que Estado utiliza-se de seus aparelhos para reproduzir e manter sua ideologia. O controle social é umas das formas mais eficazes de intervenção. É um dos meios pela qual um indivíduo se submete, condicionando-se ou limitando-se, em suas ações. Atua por meio de grupos da sociedade nos quais os indivíduos estão inseridos. Constata-se, ainda, que, em toda interação social, a medida que as pessoas condicionam ou limitam suas ações às dos outros terminam por fazer disto um mecanismo social, que ultrapassa gerações, como aquilo que é certo a fazer.

“Do mesmo modo que o poder ideológico jamais se esgota no Estado e em seus aparelhos ideológicos: Estes não só criam a ideologia dominante como são os fatores primordiais exaustivos de reprodução das relações de dominação/subordinação ideológica. Os aparelhos ideológicos apenas elaboram e inculcam a ideologia dominante: não é a Igreja, como já dizia Max Weber que cria e perpetua a religião, mas é a religião que cria e perpetua a Igreja. Em suma, as relações ideológicas apresentam sempre um ancoradouro que ultrapassa os aparelhos e que já consiste em relações de poder”⁹⁵.

Na tradição marxista, GRAMSCI leva em conta elementos associados na sociologia às noções de controle, organização e legitimação, num quadro teórico que tem como referência fundamental a luta de classes. Isto é feito, por exemplo, através das noções de bloco histórico, vontade coletiva, sociedade civil e hegemonia, sem que isso signifique haver equivalência simples.

DURKHEIM chama a atenção para uma questão social interessante dentro da própria intervenção social, qual seja: Quanto maior a complexidade das relações, maior a regulamentação e maior a disciplina social. Dentro da disciplina, que vem de forma

⁹⁵ POULANTZAS, Nicos., op. cit., p.41.

diferenciada no tempo histórico, o Estado, através de seus aparelhos, pode fazer parecer que sua intervenção não é nada mais que a própria intervenção social :

“É verdade, uma das formas que ela afeta tende a regredir, como nós mesmos estabelecemos; mas outras, muito mais ricas e muito mais complexas, se desenvolvem em seu lugar. Se o direito repressivo perde terreno, o direito restitutivo, que não existia originalmente não pára de aumentar. A intervenção social não tem mais por efeito impor a todo mundo certas práticas uniformes, mas consiste muito mais em definir e regular as relações especiais das diferentes funções sociais, e ela não é menor por ser outra. (...) Seja para ordenar, seja para proibir, para dizer *faça isso* ou *não faça aquilo*, se a sociedade intervém mais, não se tem o direito de dizer que a espontaneidade individual basta cada vez mais a tudo. Se as regras que determinam a conduta se multiplicam, sejam elas imperativas ou proibitivas, não é verdade que ela dependa cada vez mais da iniciativa privada”⁹⁶

As necessidades do Capitalismo impõem que se abandone a idéia de separação absoluta entre Estado e Sociedade Civil, e prevêm uma participação estatal, para regular atividades particulares, permitindo assim, por meio de um planejamento, possibilidade da nação de se inserir e participar da aldeia global. Poder-se-á, então, planejar para viver a democracia, não simplesmente copiando modelos, mas assimilando as características essenciais de cada nação.

É fundamental a construção de um sistema social cujo projeto, para o exercício da liberdade, sujeite-se ao controle democrático, sem favorecimento a grupos, pessoas ou empresas. Um projeto que busque justiça social visando suprimir os excessos e promova a valorização da pessoa humana em sua plenitude.

⁹⁶ DURKHEIN, Émile., op. cit., p.191.

Esse planejamento possibilitaria ao Estado prestar assistência, garantindo, assim, condições mínimas de vida, usufruindo dos bens e dos serviços essenciais. No Brasil, o Estado Providência ou Estado Social, de fato nunca existiu, a não ser algumas caricaturas⁹⁷.

Como manter a liberdade e a igualdade em um Estado intervencionista é um ponto delicado no contexto atual, porque se questiona, inclusive, se a intervenção é realmente do Estado ou dos grupos que o controlam. Cabe ao Estado assegurar o equilíbrio, mantendo-se isento de interferências ilegítimas nas liberdades dos cidadãos. É dele que deve partir a iniciativa da estabilidade social, exigindo o respeito dos governados às regras estabelecidas democraticamente, e se fazendo respeitar através de uma conduta isenta de faltas. Desta forma, é possível manter o equilíbrio entre liberdade e a igualdade.

Vale ressaltar que todos os homens são iguais de fato e de direito, enquanto seres humanos e cidadãos, mas diferentes nas suas habilidades e aspirações. Negar tais diferenças implica negar chances de vida, e, por sua vez, negar a liberdade. A liberdade pressupõe o cumprimento, por parte de cada indivíduo de suas diferenças. Estas devem ser assumidas e respeitadas, portanto jamais niveladas ou abolidas.

⁹⁷ DEMO, Pedro *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. In : www.unb.com.br. 20.10.99. “Nunca existiu no nosso país o chamado *Welfare State*, e sim caricaturas : a) forma jurídica, nos textos legais que supõem uma situação de bem-estar ; b) arremedos intermitentes e esporádicos, em alguns programas muito truncados de universalização de benefícios, ...” . “nenhum programa social é universal em termos de qualidade,... o neoliberalismo sempre dá a última carta (saúde, educação são negócios, estão abertos à livre iniciativa) e o corporativismo de estilo ‘soviético’ tomou conta das relações estatais (monopólios e corporativismo)” .p.3.

Daí, o toque poético de DRUMMOND:

Todas as guerras do mundo são iguais

Todas as fomes são iguais

Todos os amores iguais iguais iguais

Iguais todos os rompimentos

A morte é igualíssima

Todas as criações da natureza são iguais

Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem,
bicho ou coisa

Não é igual a nada

Todo ser humano é um estranho

Ímpar⁹⁸.

Essas diferenças precisam ser consideradas, principalmente, naquilo que existe de mais privado, ou seja, nas relações de família, com ênfase na relação de convivência entre um homem e uma mulher. É, justamente, sobre a intervenção do Estado nas relações familiares com o advento da Constituição Federal de 1988 que desenvolveremos o terceiro capítulo.

⁹⁸ DRUMMOND D E ANDRADE, Carlos. In: *Coletânea. Igual - Desigual*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record. 1985. p.13.

CAPÍTULO III

O ESTADO E A RELAÇÃO FAMILIAR

Ao Estado, enquanto produto da sociedade, impõe-se a necessidade de, através do poder, colocar-se acima da sociedade. E, para tanto, intervém nas relações privadas das pessoas, e não seria diferente nas relações familiares.

Historicamente, a intervenção estatal nas relações de família surgiram com o Estado moderno intensificou-se à medida que os detentores do poder quiseram se manter, sendo, pois, necessário controlar os cidadãos, reproduzindo sua ideologia. Sendo assim, nada mais profícuo do que agir dentro da própria família, local onde o indivíduo, via de regra, é formado.

1 A Família como Aparelho Ideológico

A família é uma instituição social que vem sofrendo alterações no processo histórico do homem. Uma definição sociológica diria que a família compreende uma determinada categoria de relações sociais reconhecidas, por isso, institucional, que vai ultrapassar uma definição puramente jurídica⁹⁹. Funciona como um aparelho ideológico, ou a ideologia interpela os indivíduos como sujeitos. ALTHUSSER afirma que o seu “efeito elementar é reconhecer a evidência de ser sujeito”¹⁰⁰. É próprio da ideologia se impor, sem, no entanto, parecer que se faça. Efetivamente, desta forma, torna-se uma evidência e aí não se pode mais ignorar. Para se entender tal mecanismo, torna-se necessário rever alguns conceitos de ideologia dentro de um contexto histórico.

O termo ideologia foi usado pela primeira vez por DESTUTT DE TRACY¹⁰¹, em fins do século XVIII, no sentido de estudar, pesquisar e conhecer idéias.

Posteriormente, passou a ser usado de forma pejorativa, quando NAPOLEÃO, em 1812, usou o termo como sinônimo de “metafísica tenebrosa”, algo de mágico, de ruim, alienante, fora do controle material. Depois, com o Positivismo, o Marxismo e outras correntes políticas, econômicas e filosóficas, a ideologia toma outros rumos, ora retornando à sua idéia original básica, ora se envolvendo em outras

⁹⁹ Redação em consonância com o pensamento de LAGOMARSINO, Carlos A R. e ARIARTE, Jorge. *A separación personal y divorcio*. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1997, p-20-58.

¹⁰⁰ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado.*, p.10.

¹⁰¹ KOOGAN/ HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário*. Rio de Janeiro : Delta, 1994. Antoine Destutt De Tracy Filósofo francês, considerado chefe dos ideólogos, 1754-1836).

questões. A ideologia pode ser entendida como uma “visão do mundo de um grupo humano, por exemplo, de uma classe social”¹⁰².

De outra forma, consiste em “um conjunto lógico, sistemático, coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar; o que devem valorizar e como devem valorizar; o que devem sentir e como devem sentir; o que devem fazer e como devem fazer”¹⁰³. Aqui, assume, então, um caráter normativo, submetendo todas as pessoas às suas regras.

Verifica-se que sua função é explicar aos cidadãos as diferenças sociais, convencendo-os de tal maneira que todos possam se sentir iguais, não obstante as diferenças serem patentes. Interessa, pois, ao Estado, através de seus aparelhos ideológicos, que sua ideologia seja reproduzida, para que possa manter-se no poder, assegurando o controle sobre todos.

...função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera de produção. Pelo contrário a função da ideologia é apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado¹⁰⁴.

Com o exposto, constata-se que o papel da ideologia é imprescindível para o Estado. A ideologia, por ser um instrumento de dominação, não permite aos que

¹⁰² ABBAGNANO, Nicola., op. cit., p.532.

¹⁰³ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. p.113-114.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem* p.114.

são dominados questionarem o que está posto e nem alterarem a ordem das coisas, uma vez que os mesmos não possuem tal noção.

De acordo com o pensamento de HANNA ARENDT¹⁰⁵, a ideologia tem por fim fornecer uma explicação geral de tudo, objetivando a aplicação de uma única idéia aos vários aspectos da realidade.

Ao afirmar que não existe prática senão através de uma ideologia, e que os sujeitos (indivíduos) a formam e aplicam-na, ALTHUSSER¹⁰⁶ entende que esta mesma ideologia atende aos interesses de quem detém o poder. Possibilitando, assim, a quem ainda não o possui, alcançá-lo, e, ali, permanecer, reproduzindo através dos “aparelhos ideológicos”, e junto com o “aparelho repressivo”, aquilo que desejam, agindo de tal maneira que todos pensem ser aquele modo de ver, de sentir e de fazer o melhor e o mais eficiente. Acrescenta, também, que toda luta política dos indivíduos através de suas classes, vai ocorrer em torno do Estado, ou seja, tomar e manter o poder.

Propõe, ainda, a dar um passo adiante na “teoria marxista do Estado”¹⁰⁷, incluindo os aparelhos ideológicos e menciona que GRAMSCI, também trilhou por este caminho.

Ao que saibamos, Gramsci é o único que avançou no caminho que retomamos. Ele teve a idéia ‘singular’ de que o Estado não se reduzia ao aparelho (repressivo) de Estado,

¹⁰⁵ ARENDT, Hannah., *A condição humana.*, p.57.

¹⁰⁶ ALTHUSSER, Louis., *Aparelhos ideológicos do estado.*, 106.

¹⁰⁷ Idem, ibidem. “...podemos dizer que os clássicos do marxismo sempre afirmaram que : 1) o estado é o aparelho repressivo do Estado; 2) deve-se distinguir o poder de estado do aparelho de Estado; 3) o objetivo da luta de classes diz respeito ao poder de Estado e consequentemente à utilização do aparelho de Estado pelas classes (ou alianças de classes ou frações de classes) que detêm o poder de Estado em função de seus objetivos de classe e 4) o proletariado deve tomar o poder de Estado para destruir o aparelho burguês existente, substituí-lo em uma primeira etapa, por um aparelho de Estado completamente diferente, proletário, e elaborar nas etapas posteriores um processo radical, o da destruição do Estado (fim do poder do estado e de todo aparelho de Estado)” p.66.

mas compreendia, como dizia, um certo número de instituições da ‘sociedade civil’: a Igreja, as Escolas, os sindicatos etc. Infelizmente Gramsci não sistematizou suas instituições, que permaneceram no estado de anotações argutas mas parciais¹⁰⁸.

Ao retomar a questão dos aparelhos ideológicos, ALTHUSSER os define e classifica-os da seguinte forma:

“AIE religiosos (o sistema das diferentes igrejas)”¹⁰⁹. Trata-se da influência exercida pela religião na formação das pessoas, notadamente nas classes sociais mais baixas, que possuem baixo nível de escolaridade, e onde as diferenças sociais são mais sentidas.

“AIE escolar (o sistema das diferentes ‘escolas’ públicas e privadas)”¹¹⁰ O sistema educacional, para alguns autores, vem substituindo a família, tendo em vista que a criança é formada, desde muito cedo, pela escola. Aqui, também, existe diferença entre o tipo de escola que a criança frequenta, o que, de certa forma, é determinado pela classe social a qual pertence.

“AIE familiar”¹¹¹. A relação familiar é complexa e essencial na vida do cidadão. Percebe-se, claramente, a relação existente entre as vantagens trazidas pelo bom convívio familiar e a formação do indivíduo. Sem dúvida, valores como: empatia, solidariedade e honestidade se cultivadas no seio familiar, determinarão, decisivamente, na formar de perceber e interferir no mundo, de um indivíduo já adulto e amadurecido.

¹⁰⁸ ALTHUSSER, Louis., *Aparelhos ideológicos do estado*. p.67, nota de rodapé 7.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p.68.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p.68

¹¹¹ Idem, *ibidem*, p.68.

“AIE jurídico; AIE sindical; AIE de informação (a imprensa, o rádio, a televisão, etc.); AIE cultural (letras, Belas Artes, esportes, etc.)”¹¹². Todos responsáveis pela reprodução da ideologia, conforme sua área de atuação, sempre a serviço do poder dominante.

Assim, verifica-se que os aparelhos ideológicos do Estado se apresentam sob a forma de instituições distintas e especializadas. Cumpre ressaltar que tais instituições formam o cerne da sociedade. Representam locais, onde as pessoas travam suas relações privadas e, até mesmo, íntimas, como é o caso do aparelho ideológico familiar. Agindo desse modo, o Estado faz com que haja uma eficiência na reprodução de sua ideologia. O aparelho repressivo do Estado é o único pertencente inteiramente ao domínio público, enquanto os aparelhos ideológicos do Estado remetem ao domínio privado, em sua maioria.

Essencialmente, o que vai distinguir os Aparelhos Ideológicos do Estado do Aparelho Repressivo do Estado é que o primeiro se efetiva através da ideologia e o segundo, por meio da violência. No entanto, nem um e nem o outro se apresentam puramente repressivo ou puramente ideológico. Os aparelhos ideológicos, por exemplo, não originam as ideologias, elas nascem das classes sociais que lutam por suas condições de existência. As práticas e experiências de luta das classes sociais provocam o surgimento de ideologias. E tais práticas não estão totalmente isentas de violência.

Analisando a questão ideológica, MARX a entendeu como sendo a construção de uma falsa consciência que tem por finalidade última mascarar os verdadeiros interesses materiais da classe dominante com um véu de valores morais e políticos.

A ideologia é então para Marx um bricolage imaginário, puro sonho, vazio e vão, constituído pelos ‘resíduos diurnos’ da

¹¹² ALTHUSSER, Louis., op. cit., p.68.

única realidade plena e positiva, a da história concreta dos indivíduos concretos, materiais, produzindo materialmente sua existência¹¹³.

Da mesma forma, pronunciou-se ENGELS :

A ideologia é um processo realizado pelo assim chamado pensador, de modo consciente, é verdade mas com falsa consciência. Os reais motivos que o impelem ficam desconhecidos para ele, de outra sorte não trataria de um processo ideológico real. Portanto ele imagina motivos falsos ou aparentes¹¹⁴.

Como foi dito anteriormente, os aparelhos não se confundem, mas se interagem, ressaltando-se, entretanto, que o Aparelho Repressivo do Estado está na esfera pública e os Aparelhos Ideológicos na esfera privada.

Em consonância com pensamento gramsciano, a divisão entre público e privado, aqui, é de menor importância, o “que importa é o seu funcionamento”. No entanto, na área do direito de família existe essa discussão sobre qual destas divisões o mesmo se enquadraria. A princípio, poder-se-ia afirmar que seria a esfera privada. Entretanto, em função da sua natureza e campo de abrangência, uma vez que tutela não apenas os direitos subjetivos, mas toda a sociedade como um todo, alguns entendem que deveria ser, no mínimo, enquadrado em uma esfera mista.

A família é, portanto, um atuante aparelho ideológico, tanto que, assumindo formas e funções diferentes e, dependendo da classe social que ocupa na sociedade, é vista como uma realidade natural, abençoada por Deus, respeitada pelos homens de bem. Entretanto, se fosse permitido ver, através da ideologia dominante e da sua reprodução, constatar-se-ia que esta idéia de família não corresponde à realidade. Na verdade, existem

¹¹³ ALTHUSSER, Louis., op. cit., p.83.

várias famílias no contexto social, logo, não se poderia falar em família como uma unidade garantidora da igualdade ideológica, assim, desejada pelo dominador.

Se a ideologia mostrasse todos os aspectos que constituem a realidade das famílias no sistema capitalista, se mostrasse como a repressão da sexualidade está ligada a essas estruturas familiares (condenação do adultério, do homossexualismo, diminuição do prazer sexual para o trabalhador porque o sexo diminui a rentabilidade e produtividade do trabalho alienado), como, então, a ideologia manteria a idéia e o ideal da Família? Como faria, por exemplo, para justificar uma sexualidade que não estivesse legitimada pela procriação, pelo pai e pela Mãe?¹¹⁵

Constatando-se que a “idéia” que se tem de família não representa a sua realidade, surge, então, a importância das normas que regulamentam as relações familiares, o direito de família. Verifica-se que o direito se torna um grande aliado do Estado, dotando-lhe do instrumento que vai regular tais relações – a lei. O direito pertence, ao mesmo tempo, ao aparelho repressivo do Estado e ao sistema dos aparelhos ideológicos. O Estado, detendo o poder com seus aparelhos (administração, governo, exército, polícia, tribunais, etc.), facilmente legitima suas idéias, e, certamente, “fabricará” suas leis, de modo que as mesmas sempre pareçam boas e justas para todos.

“ [...], se pudesse mostrar que a família burguesa é um contrato econômico entre duas famílias para conservar e transmitir o capital sob a forma de patrimônio familiar e de herança (mantendo a classe), teria que mostrar que é por isso que nessa família, o adultério feminino é uma falta grave, pois faz surgirem herdeiros ilegítimos que dispersariam o capital familiar, e que por este motivo, o adultério feminino é convertido, para a sociedade inteira, numa falta moral e num crime penal¹¹⁶.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário político*. p.595.

¹¹⁵ CHAUI, M. *O que é a ideologia*. p.118.

A família transforma-se em um mecanismo de reprodução das idéias dos que detêm o poder, fazendo com que estas idéias passem a dominar a sociedade e, em seguida, possibilitando que as mesmas se tornem comuns a todos. A família, conseqüentemente, torna-se um instrumento eficaz de manutenção e de circulação destas idéias. Sabedora da importância da família na formação do indivíduo, a classe dominante concentra suas forças neste território, de modo que possa impor suas idéias e exercer plenamente seu domínio. Este mecanismo para impor idéias recebeu de GRAMSCI o nome de “hegemonia”, que, por sua vez, vai se tornar “senso comum”, ou seja, as idéias se popularizam e são aceitas por todos.

Para que ocorra a hegemonia é necessário que todos aqueles que compõem a sociedade, identifiquem-se com as ‘idéias comuns’, não percebendo como os indivíduos se encontram divididos em classes hermeticamente fechadas e que não permitem mudanças.

A família, juntamente com a escola, a religião, etc., são agentes distribuidores destas ‘idéias comuns’.

Mantém-se assim o “poder espiritual da classe dominante”¹¹⁷, uma vez que a sociedade fica presa a este poder.

Uma classe é hegemônica não só porque detém a propriedade dos meios de produção e do poder do estado (isto é, o controle jurídico, político e policial da sociedade), mas ela é hegemônica sobretudo porque suas idéias e valores são dominantes, e mantidos pelos dominados até mesmo quando lutam contra essa dominação¹¹⁸.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*. p.116.

¹¹⁷ Termo utilizado por MARELENA CHAUI, em reportagem veiculada na TV Cultural, programa Roda Viva, março de 1998.

¹¹⁸ CHAUI, M. *O que é ideologia*. p.110

Em relação à família, e sua colaboração neste processo, não é suficiente saber sua estrutura, suas funções, as leis que a regulamentam, mas importa conhecer o seguinte:

Não basta saber que a família ocidental é patriarcal e exogâmica (estrutura de parentesco), é preciso também elucidar as formações ideológicas que governam a conjugalidade, a paternalidade, a maternalidade e a infância: que significa, no nosso mundo atual, 'ser esposo', 'ser pai', 'ser mãe', 'ser filho'?¹¹⁹

A história é construída sob a ótica dos que dominam. Só, através da ideologia dominante, se conhecerá quem e o quê representa o grande e o pequeno e os valores daqueles que são apresentados como bons. Já os vencedores são reproduzidos atendendo à ideologia dos que estão e querem se manter no poder.

Assim, verificar-se-á que o complexo familiar desempenha um importante papel no contexto social, sendo um grupo cultural por excelência, portanto formador estrutural do indivíduo.

Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão aos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo *Shand*; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência¹²⁰.

¹¹⁹ ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan Marx e Freud*. Tradução Walter José Evangelista. 3 ed.; Rio de Janeiro : Graal, 1985. p.65.

¹²⁰ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguar Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1990.p.13.

A família, como um conjunto orgânico, resguarda os interesses do Estado, uma vez que configura o elo fundamental entre o indivíduo e a sociedade, com uma tendência a fortalecê-la e normatizá-la, principalmente, nos Estados totalitários. Daí a necessidade de dirigi-la, regulamentando-a, excessivamente, em muitas situações.

2 - Visão Histórica da Família

A família é uma instituição social básica, que aparece sob as formas mais diversas, em todas as sociedades humanas, desde o início da humanidade. *Lato sensu*, família é a reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas, aí, também, as pessoas ligadas pelo casamento ou concubinato, juntamente com parentes sucessíveis, ainda que não descendentes. *Stricto sensu*, família é a reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas de um dos pais com seus filhos¹²¹.

São várias as classificações dos grupos familiares, algumas seguem o critério da linha de transmissão do nome (matrilinear, patrilinear), outras o critério da autoridade (patriarcal, matriarcal, etc.). Os estudos sobre a família passaram por diversas etapas desde a Antiguidade Clássica até a contemporaneidade.

Seria acertado afirmar, pois, que na origem da família existe um 'elo perdido', haja vista os registros históricos mais importantes acerca da instituição, datarem do período da civilização romana. Ainda assim, em virtude de pesquisas antropológicas, realizadas particularmente no final do século XIX e início do século XX, há alguns indícios que apontam para um tipo de organização pré-existente à família, responsável pelo estabelecimento do parentesco e da defesa e proteção de seus membros¹²².

¹²¹ Redação baseada no texto de PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Civil*. V. VII, p.174. Apud Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. V. IV, Rio de Janeiro : Forense, 1991.

¹²² GOMES, Renata Raupp. *A construção do novo paradigma jurídico – familiar na ordem constitucional de 1988* (Dissertação de Mestrado), Florianópolis . 1996.p.6.

De acordo com BACHOFEN, a família incorreu em um processo evolutivo, apresentando quatro momentos definitivos. Para elaborar tais conclusões o autor se apoiou no conhecimento das tradições e dos mitos.

A primeira fase é marcada pelo *hetairismo*, que por sua vez, divide-se em duas fases. Originou-se da lenda que dizia que toda mulher indígena deveria se assentar, uma vez na vida, no templo de Vênus e, entregar-se a um estrangeiro, como uma espécie de prostituição sagrada. Em um segundo momento, a união da mulher com o homem produzia frutos advindo do trabalho feminino, pois, acreditava-se que a fêmea tornava a terra mais fecunda, o que gerava fartura.

... o *hetairismo*, segundo o qual, a mulher antes de pertencer a um só homem, pertenceria à prostituição, dividido em dois períodos:

1º. *união aphrodistica*, quando só o interesse genésico era dominante, de carácter temporário;

2º. *união frumentaria*, quando, além do interesse sexual, dominava o do trabalho, em que a mulher tinha parte essencial;¹²³

O matriarcado advém do poder da mulher- mãe. A maternidade era abençoada, pois, além de preservar a espécie, a mulher fértil dava à família os braços necessários para a sobrevivência da mesma.

... o *matriarcado*, o domínio da maternidade absoluta, revelando-se o amor e o reconhecimento dos filhos por parte de sua genitora;¹²⁴

¹²³ DINIZ, Almachio. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. p.10.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, p.10.

A lenda das amazonas, mulheres guerreiras da Capadócia, falava que as mesmas sabiam lutar e montar cavalos bravios melhor que os homens¹²⁵. Consideravam os homens inimigos e pregavam a supremacia feminina.

... o *amazonismo* phase das mulheres viragos, inimigas pelo domínio de todos os homens¹²⁶.

Nesta fase, o homem se conscientiza de que é o macho quem fecunda a fêmea, portanto, não há vida sem ele. Ciente do seu poder, o macho da espécie assume o controle e estabelece a monogamia na tentativa de garantir sua descendência consanguínea.

... o *apollinismo*, ou *patriarcado*, que é o regimen da paternidade em que, mais e mais intensa e consciente entre os animaes superiores, se deve procurar a raiz da família.(sic.)¹²⁷.

Em sua obra - *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, ENGELS sustenta a tese de que a família acompanha as formas de produção econômica, constituindo a preservação da propriedade privada. Esta seria a única função da família, a qual se chamou de burguesa:

A ordem social em que vivem os homens de determinada época ou determinado país está condicionada por essas duas espécies de produção: Pelo grau de desenvolvimento do trabalho, de um lado, e da família de outro (sic)¹²⁸.

¹²⁵ Capadócia – antiga região do atual Oriente médio. Cf. *Atlas Histórico do Mundo*. São Paulo : Folha da Manhã, 1995.p.76-82.

¹²⁶ DINIZ, Almachio., op. cit., p.10.

¹²⁷ Idem, ibidem, p.10.

¹²⁸ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. p.2.

Segundo ENGELS, a evolução da humanidade dividiu-se em três fases, sendo que a primeira era o Estado selvagem, no qual vai existir a apropriação dos produtos da natureza pelo homem:

Estado Selvagem. – Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para serem utilizados; as produções artificiais do homem são sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação¹²⁹.

Em seguida, a Barbárie, período que surge o trato com o gado, com a terra e a agricultura,;

Barbárie. – Período em que aparecem a criação do gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano¹³⁰.

E, finalmente, o período da Civilização, fase em que se desenvolverão a indústria e a arte.

Civilização – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte¹³¹.

Em relação aos tipos familiares, verificar-se-á que, à medida que a liberdade excessiva se encontrava presente, na mesma proporção se constataria o primitivismo da comunidade na qual se constituiu a família. Ou seja, a normatização das relações de família está, historicamente, ligada à civilização da humanidade.

Na família Consangüínea, existe uma classificação através das gerações, em que prevalecerá a relação sangüínea, seja na linha reta ou colateral.

¹²⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. p.28.

¹³⁰ Idem, ibidem.

¹³¹ Idem, ibidem.

Nela os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiro o quarto círculo. Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e *por isso mesmo* maridos e mulheres uns dos outros¹³².

A Família do tipo Punaluana possui uma relação de parentesco mais próxima ou não, dependendo da identidade de sexo entre cada um dos seus componentes.

Esta forma de família agora nos indica, com a mais perfeita exatidão, os graus de parentesco, da maneira como os expressa o sistema americano. Os filhos das irmãs de minha mãe são também filhos desta, assim como os filhos dos irmãos de meu pai são também filhos deste; e todos eles são irmãs e irmãos meus. Mas os filhos dos irmãos de minha mãe são sobrinhos e sobrinhas desta, e todos são meus primos e primas. (...) A família punaluana, ou qualquer forma análoga, deve ter existido pelo menos na mesma medida em que prevaleceu este sistema de parentesco¹³³.

Na formação da família Sindiásmica ocorre escassez de mulheres, o que originou o seu rapto, iniciando um forma de “matrimônio por rapto” ou “matrimônio por compra”.

A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira. A exclusão progressiva, primeira dos parentes próximos, depois dos parentes distantes e, por fim até das pessoas vinculadas apenas por aliança, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos; como último capítulo, não fica

¹³² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. p.38.

¹³³ Idem, *ibidem*. p.41.

senão o casal, unido por vínculos ainda frágeis - essa molécula cuja dissociação acaba o matrimônio em geral.(...) Enquanto nas anteriores formas de família os homens nunca passavam por dificuldade para encontrar mulheres, e tinham até mais do que precisavam, agora as mulheres escasseavam e era necessário procurá-las¹³⁴.

A família Monogâmica , como foi dito anteriormente, surgiu em função do domínio masculino e da necessidade de ter uma prole cuja origem seria indiscutível.

De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos , antes como agora, permaneceram casamentos de conveniência. (...) Em Atenas , a lei não apenas impunha o matrimônio como, ainda, obrigava o marido a um mínimo determinado do que se chama de obrigações conjugais. (...) A monogamia nasceu da concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos - as de um homem - e do desejo de transmitir essas riquezas, por herança, aos filhos deste homem, excluídos os filhos de qualquer outro¹³⁵.

A família greco-romana se fundou no *pater familias*, o pai era o senhor absoluto da casa. Ele exercia a função de sacerdote, que presidia o culto aos antepassados; de juiz, que julgava seus subordinados e, principalmente, era o administrador que comandava os negócios da família. Durante a Idade Média, a família se desenvolve sob as ordens do senhor feudal e da Igreja Católica.

Com a sacralização do matrimônio, por volta do século XII, a cerimônia, antes de cunho privado, ganha solenidade e publicidade, passando a realizar-se perante uma autoridade eclesiástica.

Ao enobrecer e exaltar o matrimônio como um sacramento, os religiosos intentam a eliminação de hábitos remanescentes de

¹³⁴ ENGELS, Friedrich . *A origem da família, da propriedade e do estado*. p.49-50.

¹³⁵ Idem, ibidem. p. 70-82.

rapto e de uniões sem o consentimento da família. Embora sob uma desculpa religiosa, tal ideologia visava também, ao que parece, à conservação do patrimônio familiar, ou dos pactos interfamiliares de casamento futuro entre seus membros, na medida em que um casamento resultante de rapto ou de um ímpeto dos jovens sem consultar o chefe da organização familiar, desequilibra os planos econômico-patrimoniais feitos em função dos respectivos filhos¹³⁶.

Como se vê, a família é, essencialmente, um organismo social, que obedece a várias influências, tais como a religião, os costumes e a moral. Antes de ser um organismo jurídico é um organismo ético. No entanto, ressaltar-se-á que, ao cumprir regras e normas “naturais”, muitas vezes, a autonomia da vontade se perde. Os limites impostos são por demais minuciosos, nisto há perda de um dos princípios basilares de qualquer sociedade, a vontade livre das partes que pretendem se associarem. A esse respeito se manifestou o professor italiano R. RUGGIERO:

É notável principalmente a particular energia com que o poder público exerce a sua função na formação da relação: todo direito de família desenvolve-se e repousa sobre este conceito, que os vínculos são postos e as faculdades conferidas não tanto para atribuir direitos, como para impor deveres, o que bem se verifica, considerando que não somente a violação do dever, mas ainda o abuso, e o que mais é, o simples mau uso das faculdades correlativas, levam à privação destas, de tal maneira que, ao passo que se perdem quando mal exercitadas, não se extinguem por prescrição ou renúncia voluntária¹³⁷.

¹³⁶ GOMES, Renata Raupp. Dissertação de Mestrado, p.28.

¹³⁷ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, p.211. Apud EDUARDO SPÍNOLA. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1970. p.12.

A família burguesa surgiu com a Revolução Francesa e seus ideais liberais. MARX disse “ que ela brotou das ruínas da sociedade feudal”¹³⁸, uma vez que os burgueses cresceram , aumentaram seu capital, e conseqüentemente, seu poder político. Esse aumento de representatividade na sociedade, irá refletir nas leis familiares que se preocuparam em garantir a família legítima e o seu patrimônio:

As codificações burguesas, destacando-se o Código Napoleônico, de 1804 (Código Civil Francês) e o Código Civil Brasileiro de 1916, espelham em suas normas relativas ao direito de família essas incongruências típicas da cooptação das relações capitalistas para o modelo organizacional familiar, fundado exclusivamente sobre a família legítima (aquela oriunda do casamento civil)¹³⁹.

Constata-se, ainda, que somente com a Revolução Sexual dos anos sessenta, do século vinte, que as estruturas das relações familiares começaram a mudar. A Igreja Católica inicia uma revisão em seus postulados, enaltecendo o amor ao próximo e a responsabilidade familiar, afirmando que o ser humano é responsável pelos seus atos, tendo pois o livre arbítrio sobre sua vida.

Ressaltar-se-á, ainda, que tudo isso mostra como a família pode ser considerada uma espécie de instituição que, no seu processo de evolução histórico, sujeitou-se a múltiplas mudanças e adaptações dentro das grandes transformações que ocorreram e ocorrem na sociedade. No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito, principalmente, com o advento do Código Civil, em 1916, e a Constituição Federal de 1988.

¹³⁸ MARX, Karl. *Para crítica da economia política*. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.12

¹³⁹ SPÍNOLA, Eduardo *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1970. p.30

2.1 - A Família no Direito brasileiro

No Brasil, a família, como instituição social, é uma das que mais contribuem para a formação da personalidade básica do indivíduo. Representa o grupo social por excelência e centro dos relacionamentos. Tal posição vem sendo firmada há muito tempo, notadamente pelo caráter rural da formação familiar brasileira. É nessa família que era desempenhada várias funções, como a da Igreja, a do Estado, a da Escola, a do clube, etc. A urbanização vai reduzir as funções da grande família e quebrar a sua unidade física, mas apenas no sentido de residência, já que a família semipatriarcal resiste mesmo nos grandes centros.

Com a urbanização do país, nos últimos trinta anos, reduziu o tamanho da família e iniciou a desintegração da família patriarcal. Surgem os “casamentos por amor”, e aumentam as “fugas de namorados” para se casarem, fazendo com que o poder de decisão concentrado nas mãos do pai perdesse sua eficácia.

As Constituições brasileiras, no decorrer da história, mencionaram a instituição família, apesar das primeiras (a de 1824 e a de 1891) fazerem menções superficiais ao assunto e não dedicarem capítulos especiais sobre a questão família.

Outorgada, em 1824, pelo Imperador Dom Pedro I, a primeira Constituição brasileira fazia referência apenas à dotação da família imperial. A segunda Constituição, de 1891, apenas mencionava a família. Entretanto, a primeira Constituição republicana fazia referência ao casamento em seu artigo 72, § 4º : “ A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração é gratuita”. Neste momento, verifica-se o início da ruptura entre o Estado e a Igreja, ocasião que o catolicismo deixou de ser a religião oficial do país.

Já a segunda Constituição Republicana, de 1934, dedicou um capítulo com quatro artigos, estabelecendo as regras do casamento. Seguiu o modelo das Constituições internacionais, que previam as mudanças sociais no pós-guerra, notadamente, a Constituição de Weimar. O momento histórico justificava a previsão de ajuda às famílias numerosas, uma vez que era interessante para o Estado que a população aumentasse, principalmente tendo em vista a perda de muitos jovens (força de trabalho) na primeira grande guerra.

A constituição de 1937 dizia:

Art.124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proposição dos seus encargos.

As Constituições de 1946 e 1967 traziam no seu texto, basicamente a mesma redação, isto é, reconheciam o casamento como meio legítimo de constituir família, indissolúvel e protegido pelo Estado.

Até Emenda Constitucional n.1/69, que alterou a Constituição de 1967, as regras permaneciam as mesmas. A emenda modificou o parágrafo 1º do referido artigo, subtraindo a expressão “casamento é indissolúvel”. Assim, estava instituído o divórcio no Brasil, o que representou uma alteração substancial no nosso direito de família.

Afora a pequena referência sobre família na Constituição de 1824, no Brasil, as regras sobre casamento eram estabelecidas pelo Direito Canônico. Em 24 de janeiro de 1890, foi instituído o casamento civil no Brasil, por meio do Decreto número 184, cristalizando a ruptura da Igreja com o Estado. Este toma para si a responsabilidade de gerir e ditar as normas das relações familiares, verificando-se que a relação contratual exigida, via casamento civil, protege a relação patrimonial do novo casal. Vinte seis anos

após a decretação da exigência do casamento civil, é promulgado o Código Civil Brasileiro, (ainda em vigor), o qual vai estabelecer a “família legítima”, destacando:

- I- valorização da liberdade, no sentido de o homem livre-proprietário ter o poder de aquisição, domínio e transferência da propriedade, significando a patrimonialização das relações familiares;
 - II- preponderância do homem sobre a mulher na sociedade conjugal e afirmação de seu poder marital e paterno, como fortalecimento do modelo hierarquizante da família patriarcal;
 - III- exclusão da ordem jurídica dos filhos ‘ilegítimos’, ou seja, os não provenientes de um anterior casamento regular entre os pais (legítimos), ou mesmo posterior à filiação (legitimados);
 - IV – não reconhecimento a nenhuma forma de organização familiar, não constituída pelo casamento civil (matrimonialização da família).
- Dos princípios elencados, observa-se que a regulamentação do direito de família é resultado de um espécie de ‘fusão’ da família nuclear burguesa, de modelo francês, aliada ao modelo tradicional de família patriarcal (extensa e rural), estruturada no Brasil-Colônia, sob as bênçãos da Igreja, e da legislação conservadora dos colonizadores¹⁴⁰.

Após a promulgação do Código Civil, inúmeras leis foram se estabelecendo e alterando as regras das relações familiares no Brasil.¹⁴¹

¹⁴⁰ GOMES, Renata Raupp. Dissertação de Mestrado. p.41.

¹⁴¹ A Lei 1110, de 23 de maio de 1950, tratou do reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso; A Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, também chamada Estatuto da Mulher Casada, dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, sendo um marco para igualdade dos cônjuges dentro do casamento; O Dec-lei n. 4737, de 24 de setembro de 1942 reconheceu os filhos adulterinos, autorizando a investigação de paternidade contra homens casados; A Lei 883, de 21 de outubro de 1949 proibia a referência à filiação ilegítima. A Lei 8506/92 mencionou a validade de qualquer escrito do pretendido pai, reconhecendo expressamente a paternidade. Atribui legitimidade para propor Ação Investigatória ao Ministério Público, caso o pretenso pai não responda ao chamamento judicial; Visando proteger os menores, em 12 de outubro de 1927, promulgou-se o Código de Menores (Decreto n. 17.943); em 1979, através da Lei 6.697, surgiu o novo Código de Menores e pela primeira vez há uma preocupação com o menor em situação irregular; o Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado em 13 de setembro de 1990, a Lei n. 8.069, como um dos mais avançados instrumentos de proteção ao menor, em qualquer que seja sua situação; O Decreto n.56.826, de 02 de setembro de 1965, promulgou a Convenção Sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro; A Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, instituiu a obrigação de prestação alimentar por um procedimento especial, incumbindo primordialmente ao pai e à mãe, não cessando-se com a separação judicial ou anulação; A Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, foi instituído o divórcio, após anos de “batalha

Não obstante a Constituição Federal vigente trazer inúmeras garantias e alterações no direito de família, é necessário constar que existe, em tramitação, no Congresso Nacional, um projeto de Código Civil, que data de 1975, e que já se encontra defasado em razão da velocidade com que as mudanças sociais familiares vêm ocorrendo.

Sucintamente, as propostas do projeto são: determinar a maioria plena aos dezoito anos, o que irá refletir na questão da autorização para casar; a igualdade dos cônjuges, o que ratifica o estabelecido na Constituição Federal em vigor; diferenciar o tratamento do casamento civil e religioso. O projeto denomina casamento o ato civil e matrimônio, o ato religioso; o adultério continua sendo motivo para perda da guarda dos filhos na separação judicial, o que vai de encontro com as decisões dos tribunais, em que se separa a relação de pai e mãe da relação de marido e mulher; a proteção da união estável e a não-proteção do concubinato, em que os mesmos são diferenciados, concedendo direitos à companheira e nenhum direito à concubina; quanto aos filhos, não se prevê qualquer tipo de distinção entre eles. São equiparados da mesma forma como regulamenta a Constituição Federal em vigor.

Sobre estas mudanças se pronunciou o Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES :

Muitas dessas modificações se introduziram na parte concernente ao direito de família, tendo em vista a circunstância de que a Constituição de 1988 apresentou uma série de dispositivos, que de certa forma, se pode até dizer causaram uma revolução com referência ao nosso direito de família, não só com a adoção de um instituto intermediário, entre o concubinato e o casamento, como também com relação aos problemas concernentes à filiação, com a extinção da desigualdade entre os filhos, e mais com a equiparação

legislativa” onde os antídvorcistas se ampararam na Igreja Católica, dogmaticamente opositora da dissolução do vínculo matrimonial;

quase absoluta dos filhos adotivos com relação às demais condições de filhos¹⁴².

3. A Constituição Federal do Brasil de 1988 e o Direito de Família.

Há pouco tempo no Brasil, o direito de família era o complexo de normas que regulavam a celebração do casamento; sua validade e os efeitos resultantes dele; as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, assim como a dissolução desta; as relações entre pais e filhos; o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988, houve uma profunda alteração nos conceitos de família e da própria realidade social.

A Constituição, no seu Título III, capítulo VII, Artigos 226 a 230 trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, mas é no Artigo 5º, I, que trata dos direitos e deveres individuais, onde houve a maior inovação, qual seja, a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações. Os direitos e deveres são exercidos, igualmente por ambos os cônjuges ou conviventes, já que a proteção se estende a famílias legitimadas ou não. O texto constitucional diz, textualmente, que a família é “a base da sociedade e tem a proteção do Estado”. O que se depreende do dispositivo constitucional é a preocupação com cada indivíduo que compõe a família, de forma isolada, ou seja, os companheiros ou cônjuges, a criança, o adolescente e o idoso.

No entanto, não obstante a atual Constituição ser considerada um avanço para o direito brasileiro, ela possui algumas contradições. O parágrafo terceiro do artigo 226 exemplifica bem, já que reconhece e ampara a família constituída fora do casamento

¹⁴² *O Novo Código Civil*. In : Boletim da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte: Del Rey, Novembro/2000, p.17.

civil, mas transforma a relação desta mesma família em um casamento de segundo plano, pois insiste na sua “conversão” para a legitimidade, incumbindo ao Estado providenciar tal enquadramento. Neste sentido, posiciona-se a professora RENATA RAUPP, que alerta para as muitas contradições da Carta Magna:

Com o intuito de caracterizar a construção de um novo paradigma, a família, a partir da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário porém, mencionar, que em carta tipicamente de um Estado Social, espelha seu conteúdo muitas contradições, além do pluralismo político e ideológico, trazendo para o cenário constitucional uma verdadeira luta de classes, pois representa, em última análise, o compromisso de conciliação¹⁴³.

Na norma constitucional específica, continua em primeiro plano aquela família que possui o ‘selo de legitimidade’ fornecido pelo Estado, ou seja, o casamento civil terá um *status* diferenciado das demais formas de convivência, conforme se depreende do artigo 226 e parágrafos. Tal privilégio é uma herança do formalismo das sociedades medievais e que sobreviveu ao liberalismo, inclusive, se incorporando no texto da Declaração dos Direitos Humanos¹⁴⁴, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Verificar-se-á, também, que o Estado celebra o casamento de forma gratuita para que não seja impecilho à sua realização. O interesse dele é que todas as famílias sejam legalmente constituídas e se submetam às regras estatais.

Art.226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
[...].

¹⁴³ GOMES, Renata Raupp. Dissertação de Mestrado, p.67.

¹⁴⁴ Artigo XVI - “1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família (...); 2. (...); 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A idade nupcial também foi cuidada, no entanto, diferencia a idade para o casamento do homem (18 anos) e para o da mulher (16 anos). Constatar-se-á que a norma constitucional repete o mesmo tratamento diferenciado dado pelo Código Civil Brasileiro, no seu Artigo 258, parágrafo único, Inciso II.: “É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: II – do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta)”. Nada justifica tal tratamento, que vai de encontro ao princípio da isonomia.

A Constituição também confere “proteção estatal” aos conviventes - relação que o Direito, por muito tempo, chamou de concubinato e foi tratado na esfera do direito das obrigações. Entretanto, constatando o grande número de uniões livres entre pessoas que podiam, mas não queriam se casar, o Estado entendeu ser necessário tutelá-las, e passou a designar referidas uniões de estáveis, impondo-lhes, inclusive, regras pormenorizadas. Era necessário intervir, preferencialmente, fazendo com que os conviventes se tornassem cônjuges. Mas, até que tal fato não aconteça, transformou a união estável em um arremedo de casamento civil. Verifica-se, portanto, que na união estável não existe o estado conjugal, próprio de cônjuges, e sim um estado em que as pessoas convivem.

No momento em que os relacionamentos se tornam importantes e numerosos, o Estado, através do Direito, interessa-se e passa a chancelar tal instituto como forma de reproduzir sua ideologia sobre aquela fração social que existia, e crescia, cada vez mais, fora de suas teias.

Entendendo como ‘entidade familiar’ toda agregação familiar, seja a tradicional, a união estável, a relação de pai e filhos ou mãe e filhos, a norma constitucional busca tutelar toda e qualquer forma de família, não importando como as

mesmas foram concebidas e se foram desejadas. Constitucionalmente, não estão mais sujeitas a qualquer tipo de estigma¹⁴⁵.

Artigo 226 :

§ 4º Entende-se, também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, constatou, em 1999, a existência de um número significativo de menores que chefiavam famílias, alguns viviam com pai ou mãe, outros eram órfãos¹⁴⁶. Da mesma forma, foi verificado o aumento significativo do número de mulheres que, sozinhas, sustentam a família.

A Constituição de 1988 imprimiu nova concepção à figura de entidade familiar sem que a mesma se constituísse através da via exclusiva do casamento.

A atual Carta determina que o indivíduo pode se divorciar quantas vezes forem necessárias, desde que obedeça aos pressupostos legais. Esta decisão é considerada coerente uma vez que a limitação para concessão do divórcio feria o direito constitucional dos cidadãos, que ainda não fizeram uso do mesmo. Antes da Constituição de 1988, havia um temor dos antidivorcistas com esta liberação, pressupunham uma grande desagregação na instituição família, um dos sustentáculos do Estado, o que, de forma alguma, justificava a ofensa ao princípio da isonomia. Posteriormente, comprovou-se que o temor não tinha razão de ser e a maior conquista, neste aspecto, foi o não questionamento de culpa dos cônjuges, bastando que a situação dos mesmos preenchem

¹⁴⁵ LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. “O crescimento da categoria mãe solteira, que não trazem mais somente aquela idéia de abandonadas, mas protagonistas de uma maternidade voluntária, querida e desejada”. p.60.

¹⁴⁶ Fonte : Pesquisa Nacional por amostras de domicílios 1999 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro : IBGE, 2000. 432.561 famílias brasileiras são chefiadas por menores de 15 a 19 anos.

os requisitos legais. Iniciava-se, de forma indireta, o entendimento de que a relação familiar tem que ser uma relação de afeto e não de encargos.

Artigo 226 [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Para o legislador constitucional “ filho é filho”. Não importa sua origem; ele tem direito ao nome do pai e da mãe; é herdeiro; possui direito a alimentos e ao convívio social familiar. É a consagração do princípio da paternidade responsável.

Artigo 227 da CF/88: [...]

§6º Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A norma constitucional colocou fim numa história jurídica marcada por discriminações e injustiças.

Em recente Parecer, o Ministro Sálvio Figueiredo disse:

Em face da nova ordem constitucional, abrigar o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado. Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica¹⁴⁷.

Na atualidade, o perfil delineado da filiação completa-se, sem a penalização dos filhos extraconjugais.. Afastar-se-á, dessa feita, a hipótese que a unidade

¹⁴⁷ FIGUEIREDO, Sálvio. *A nova ordem constitucional no direito de família*. Revista do Superior Tribunal de Justiça.1997. Apud Arnoldo WALD. *O novo direito de família*. São Paulo : Saraiva, 2000. p.27.

conjugal e patrimonial pudessem ser preservadas graças ao repúdio à filiação extramatrimonial. Sobrevive, aqui, a dignidade humana¹⁴⁸.

As Constituições brasileiras sempre se preocuparam com a inclusão da proteção familiar nos seus textos e isto incluiu o planejamento familiar. A formação política e religiosa do povo fez com que a classe dominante usasse deste meio para poder fortalecer a sua ideologia. Na atual Constituição não foi diferente, privilegiaram-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável.

Artigo 226 da CF/88: [...]

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Sob o enfoque de planejamento familiar, a preocupação mais recente é com a formação familiar nas classes mais pobres - que é a grande maioria no Brasil - e a conseqüentemente, falta de condições econômicas para o seu sustento. Da mesma forma, o Estado preocupa-se com a industrialização e a informatização, que têm contribuído para a diminuição de empregos para massa populacional. Acrescente-se, ainda, a melhoria na qualidade de vida e o fato das pessoas viverem mais.

Em 12 de janeiro de 1996, foi promulgada a Lei número 9.263, que trata da política a ser aplicada no planejamento familiar, destacando-se no seu corpo :

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. "Ao marginalizar pessoas, exclui os filhos, em especial os não-matrimoniais. Daí deriva a concepção insular do Direito Civil, a norma do exílio, separada dos liomens e da vida. Nada obstante, as erupção do sistema individualista chegou-se à função social. Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação, uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados". p. 97-8.

planejamento como direito, ações para regulação da fecundidade, planejamento como parte da assistência à saúde, ação preventiva e educativa, etc.

O Estado se propõe a garantir assistência a todas as faixas etárias que compõem a família, oferecendo (teoricamente) condições para o crescimento dos jovens e tranquilidade aos idosos. A dimensão social dessa norma é, deveras, considerável, pois, coloca a preocupação do legislador com o efetivo comprometimento do Estado com a questão social, de modo que o mesmo seja obrigado a investir nesta área, possibilitando à sociedade as condições mínimas para que se tenha uma vida digna.

Artigo 230 da CF/88: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.

O Artigo 227 da Constituição de 1988 é reconhecido, na comunidade internacional, como a síntese da Convenção das Organizações das Nações Unidas, em razão de declarar direitos especiais à criança e ao adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado. O Estatuto da Criança e do Adolescente irá reproduzir o mesmo texto nos seus artigos 3º, 4º e 5º. A determinação de prioridade absoluta para a infância e para a adolescência, como norma constitucional, deve ser entendida como uma preferência para a efetivação das políticas públicas sociais.

Dentro do campo de direito de família e a constituição familiar, os registros maiores e de fontes mais confiáveis dão notícias que a evolução da família foi estruturada no sistema patriarcal. Esta poderia ser uma explicação, sem maior profundidade, da supremacia do homem sobre a mulher.

No entanto, com a evolução da humanidade, com os movimentos sociais e, principalmente, com o acesso das mulheres à educação, estas conseguiram a capacidade,

enquanto seres pensantes e produtivos. Apesar disso, a supremacia masculina continuava, principalmente, no direito de família. Com as mudanças, a tendência no mundo é de cada vez mais igualar os direitos entre os sexos.

No Brasil, a Constituição de 1988 é um reflexo disso.

Na tentativa de proteger interesses dos homens e das mulheres, o legislador constituinte incluiu o § 3º no artigo 226 da Constituição de 1988¹⁴⁹, o que veio dignificar a relação afetiva entre homens e mulheres, independentemente da sua forma. Entretanto, o legislador ordinário entendeu que precisava ir mais adiante e buscou definir e enquadrar uma relação, até então, tida como livre, colocando vários contornos legais que fizeram com que a união livre se tornasse “uma coisa” com muitas e conflitantes regras¹⁵⁰.

Essa interferência minuciosa do Estado, através dos legisladores, no espaço privado de cada cidadão brasileiro, é o objeto de nosso próximo capítulo.

¹⁴⁹ “Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

¹⁵⁰ Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994; Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996; Ante projeto de lei nº 686 de 02 de outubro de 1996, em tramitação no Congresso Nacional. A primeira lei determina tempo e condições para a união estável, esclarece também a questão da sucessão, a Segunda não fala em tempo, mas não prevê a questão da sucessão, ou seja, revoga em parte a primeira. Permanecendo em vigor as duas leis. O ante projeto é minucioso estabelecendo norma de conduta pessoal, faz um rascunho das normas previstas para o casamento no Código Civil Brasileiro.

CAPÍTULO IV

UNIÃO ESTÁVEL : UM NOVO(?) MODELO DE FAMÍLIA.

1 - A união estável e a sua legalização

A Constituição Federal de 1988 traz, no parágrafo 3º, do artigo 226, a “legalização” de uma situação bastante freqüente na sociedade brasileira, qual seja a relação de fato entre um homem e uma mulher, a qual era designada concubinato. Hoje, a lei maior a nominou de união estável. Ao absorver a união estável, como legítima fonte geradora de famílias, e, portanto merecedora da proteção estatal, o legislador constituinte “deu um basta” na hipocrisia reinante na legislação brasileira, que só reconhecia a família originada com o casamento civil, obedecidos os ditames legais.

A palavra concubinato tem um significado amplo e outro restrito e, muitas vezes, confunde seu intérprete, conforme leciona MOURA BITTENCOURT:

A expressão *concubinato* tem duplo sentido. Genérico, quando, como termo análogo à união livre abrange toda ligação do homem com a mulher fora do casamento. Específica, quando tange ao semimatrimônio, à posse de estado de casado, ao entrosamento de vidas e de interesses, numa comunhão de fato. Seria arbitrário usar a expressão *concubinato* apenas neste último sentido, deixando as demais, como *mancebia* e *amigação*, com as correlatas expressões *amante*, *barregã*, *amásia*, etc., para a outra acepção. A orientação que assim se firmasse daria azo que se confundissem situações, dada a diferente técnica legal¹⁵¹.

Existe uma pluralidade de expressões que significam a relação familiar fora do matrimônio. Esta questão da nomenclatura foi objeto de referência da professora CARMEM LÚCIA SILVEIRA RAMOS quando diz:

Convivência *more uxorio*, família de fato, família sem casamento, união livre, casamento de fato, união informal, família sem matrimônio, concubinato, ora são referidos como sinônimos, para efeito da designação de relacionamentos interpessoais de natureza familiar, entre casais não unidos pelo matrimônio, ora aparecem com sentido ou como situações distintas¹⁵².

Fazendo uma retrospectiva histórica do instituto, ADHAYL LOURENÇO DIAS¹⁵³, menciona que, na Babilônia, os costumes ditavam que o anfitrião fornecesse aos visitantes, hospedagem, alimento e leito, cedendo-lhes as próprias mulheres. Em Israel proliferou a poligamia. O *1º Livro dos Reis*, 11:2,3 ao falar sobre a vida do Rei Salomão proclamava:

¹⁵¹ MOURA BITTENCOURT, Edgard de., op. cit., p. 16.

¹⁵² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro :Renovar. 2000. p. 33- 34

¹⁵³ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961

Ora, o rei Salomão amou a muitas mulheres estrangeiras, além da filha de Faraó, moabitas, amonitas, iduméias, e sidôneas e hetéias, das nações, de quem o Senhor tinha dito aos filhos de Israel: ‘ não ireis para elas, nem elas para vós, doutra maneira perverterão o vosso coração para seguirdes os seus ídolos’. A estas pois se apegou Salomão levado pelo amor. Tinha ele setecentas mulheres, princesas, e trezentas concubinas, e as mulheres lhes perverteram o coração¹⁵⁴.

Como fato social, a união livre entre um homem e uma mulher é muito antiga. No direito romano, consistia numa forma inferior ao casamento, principalmente, nas classes mais baixas. Sob a influência do direito canônico na Idade Média, várias foram as medidas legais que combateram a união livre, como, por exemplo, a ordenança de 1604, a declaração de novembro de 1639 e o édito de março de 1697. No Concílio de Trento, ficou definido que se os concubinos, advertidos três vezes, não se separassem, seriam excomungados. Mas, ainda assim, sempre se verificou a existência da união livre na história da humanidade.

Relativamente ao período da Idade Média, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, anota que:

Apesar de combatido pela igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E se os canonistas o repudiaram de *iure divino*, os juristas sempre o aceitaram de *iure civile*. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações em todos os sistemas jurídicos ocidentais, houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos¹⁵⁵.

No século XIX, o concubinato era uma situação irregular, amoral, que se quis ignorar. Prevaleceu desta forma, a moral privada da aparência que o espírito burguês

¹⁵⁴ BIBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução Pe. Antônio Santamaria. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 1979. p.393.

buscava, a todo custo, converter em legalidade. Afastado o sentido imoral que incidia sobre o concubinato e, não existindo a condenação unânime da sociedade, a legislação passou a contemplar a situação fática, ainda que mudando o seu nome.

O Código Napoleônico silenciou sobre o assunto. No entanto, os tribunais franceses se manifestaram sobre tal situação, que entenderiam como uma sociedade de fato. Um dos primeiros casos que se tem notícia foi julgado pela Corte de Paris em 1872.

A primeira lei, a respeito, veio da França e visava proteger os filhos do concubinato notório.

No Brasil, de acordo com MOURA BITTENCOURT¹⁵⁶, as Ordenações, no Livro 4º, título, 46, § 2º, concediam à mulher que tivesse a posse de estado de casada, direitos e meação dos bens do companheiro. No entanto, foi na legislação previdenciária que surgiram os primeiros dispositivos que amparavam a concubina. A Lei n. 5.890/65 possibilitava incluir como dependente do segurado, a companheira mantida há mais de cinco anos. O Regulamento do Serviço de Assistência e Seguro Social (SASSE) permitia ao associado solteiro indicar qualquer pessoa como beneficiária. No campo trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), disciplinando o registro e a relação de dependentes, amparou a concubina, artigos 16, 32 e 40.

O antigo Conselho do Trabalho, em Maio de 1942, que viria a ser o Tribunal Superior do Trabalho, em sessão plenária se pronunciou:

A tendência moderna manifesta-se pela legitimação das uniões prolongadas, equiparando-se a companheira à esposa, e considerando-se a família não somente aquela que se forma com base no casamento como a que se alicerçou na

¹⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.30.

¹⁵⁶ MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *Concubinato*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

vida e se consolidou pela sublimidade das ligações afetivas¹⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal assim também veio a entender quando editou a Súmula n.35 que dizia: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

A Lei de Registros Públicos, de nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, no seu artigo 57 § 2º, estendeu à mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente, e havendo motivo ponderável, o direito de requerer ao Juiz competente a averbação no registro de nascimento do nome de família do companheiro, sem prejuízo do nome próprio. Condição o pedido ao expresso consentimento do companheiro e desde que vivesse em comum pelo período mínimo de cinco anos, ou houvessem filhos. A respeito do assunto, WALTER CENEVIVA faz alusão ao caso no qual se envolveu VILLA LOBOS¹⁵⁸, decidido pelo Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara.

Não pleiteia a apelante desfazer-se de seu prenome ‘Arminda’. Quer abrir mão do sobrenome ‘Neves d’Almeida’, ou, mais fielmente apenas de ‘Neves’, a fim de que mantendo ‘d’Almeida’, lhe seja deferido o uso também do sobrenome ‘Villa Lobos’ – como está explícito no pedido. Não haverá mudança de *status*. Arminda é a requerente. Arminda continuará. Solteira, sempre foi, assim prosseguirá. A seu mero arbítrio. Tem interesse subjetivo na transmutação. Sempre foi tida e havida como ‘Madame Villa Lobos’, no largo círculo de relações que o Maestro e sua companheira possuíam, nos meios sociais e artísticos do Brasil e do exterior¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*. p. 24.

¹⁵⁸ HEITOR VILA LOBOS, maestro brasileiro (1887-1959).

¹⁵⁹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.131.

Várias outras leis também dispuseram sobre a concubina e seus direitos, da mesma forma um grande número de decisões dos tribunais brasileiros se manifestaram sobre o assunto, ocasionando várias súmulas a respeito do assunto.

O Supremo Tribunal Federal editou quatro súmulas:

Súmula 35 : Em caso de acidente de trabalho ou transporte a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Súmula 380 : Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382 : A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato

Súmula 447 : É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

Outros tribunais, como o (ex) Tribunal Federal de Recursos, também aprovaram súmulas que cuidavam da relação concubinária. Assim, o Brasil, na esteira de outros países¹⁶⁰, entendeu que deveria legalizar a união livre. A proteção da lei às uniões livres é, ainda que de forma secundária, um avanço.

No entanto, a excessiva regulamentação desta estabilidade, bem como da conduta dos envolvidos, é questionável e invasiva. De forma alguma, vai garantir a segurança da relação mas, com certeza, vai garantir o controle estatal.

¹⁶⁰ VIANA, Marco Aurélio Silva. *Da união estável*. São Paulo : Saraiva, 1999. “ Em Portugal, a união de pessoas de sexo diferente sem vínculo matrimonial, (...) é denominado *união de fato*. Não é considerada uma relação familiar. Na França, esse fato social é conhecido como *união livre*. Na Itália, fala-se em *família de fato*. Na Escócia, admite-se o *casamento irregular*, sem formalidades ou registro. Em Cuba, há o *matrimônio não formalizado*”, p. 19.

A estabilidade de uma união livre (?) não é algo que possa ser imposto por uma convenção. Daí que a estipulação de deveres pessoais seria inócua para manter uma convivência forçada,[...] ¹⁶¹.

A união livre de um homem e uma mulher tem mantido as mais variadas discussões por meio de inúmeras correntes do pensamento jurídico ocidental. E isso em razão dos inúmeros fatores econômicos, sociais, morais, psicológicos, religiosos, etc., que vêm sistematicamente influenciando no instituto, ao longo de toda sua existência. Estes vários fatores influenciaram inclusive no nome que se deu à tal relação. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, chamou o concubinato de união estável. Alguns juristas dizem concubinato puro ou impuro ¹⁶², outros ainda de união livre. Esta é uma questão: concubinato é ou não sinônimo de união estável? Tal questão ainda não foi definitivamente resolvida entre os doutrinadores e operadores do direito, havendo grande divergência entre eles.

UNIÃO LIVRE E CONCUBINATO – São idéias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher, fora do matrimônio. Essa relação, na frase de SAVATIER, se designa, em estilo nobre, por união livre e, em estilo menos nobre, por concubinato ¹⁶³.

Apesar do termo (concubinato / união estável) não representar um ponto de importância, neste contexto, é necessário observar que, no Brasil, o termo concubinato passou a identificar os relacionamentos de fato, sejam eles os extraconjugais ou os adúlteros, mas com uma carga negativa muito grande, por serem proibidos. É, ainda, nos

¹⁶¹ CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. 2ed.; Curitiba: Juruá, 1999.p.70.

¹⁶² Concubinato puro seria aquele que ocorre entre um homem e uma mulher que não possuem nenhum impedimento para o casamento, enquanto concubinato impuro ocorre quando um dos dois se encontra impedido de contrair matrimônio.

¹⁶³ MOURA BITTENCOURT, Edgard de., op. cit., p.25.

dias atuais, para o povo em geral, algo ligado à imoralidade, justificando talvez o fato do legislador constituinte ter optado pela designação união estável, constatando que o aparelho ideológico religioso – a Igreja - ainda possui grande força.

No entanto, muitos doutrinadores afirmam que não existe qualquer diferença entre os mesmos. Na concepção de SILVIO RODRIGUES : “união estável é o nome que o constituinte deu ao concubinato e não vejo diferença entre as duas expressões”¹⁶⁴.

A Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994 e a Lei 9278, de 10 de maio de 1996 foram editadas para regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. A primeira usou o termo companheiro e companheira, termo este consolidado pela jurisprudência da época; a segunda usou a expressão conviventes, entendendo ser mais adequado, já que se tratava de regulamentar a convivência, situação essencial para configurar o instituto da união estável. VIANA entende que a união estável “é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes de caráter notório e estável, visando a constituição de família”¹⁶⁵.

As duas leis tratam não apenas dos efeitos patrimoniais da união estável, mas também de normas referentes ao comportamento pessoal dos conviventes. Com a Lei nº 8971, de 1994, muitos doutrinadores entenderam que houve um retrocesso, uma vez que fixava prazo para configuração da união livre¹⁶⁶, o que prejudicaria sobremaneira o poder de decisão do juiz¹⁶⁷ e, principalmente, as relações entre os conviventes.

¹⁶⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de família*. 19 ed., São Paulo: Saraiva. 1994. p.260.

¹⁶⁵ VIANA, Marco Aurélio da Silva. *União estável*. p.29.

¹⁶⁶ Não obstante a existência de vários nomes para configurar a situação de convivência de um homem e uma mulher, adota-se neste trabalho a expressão União livre por entender ser a mais compatível com a natureza do instituto.

Devemos nos desprender da idéia de um tempo fixo e rígido para caracterização de tais relações, pois é apenas um dos elementos que, somados a outros, irão contribuir para a conceituação de uma união estável, passível de proteção do Estado e das mencionadas leis. Nenhum julgador, com um mínimo de bom senso, considerará estável a relação de um ou dois, ou até mesmo de dez anos, se estas constituem apenas um namoro, se não há ali os elementos necessários, inclusive psíquicos, estruturadores de uma família¹⁶⁸.

A lei mais recente (Lei 9278/96) foi criticada por confrontar com a lei antiga (Lei 8971/96) em muitos aspectos e, não obstante, ser a mais recente, não abrangia todos pontos mencionados na lei anterior. Assim, as duas leis passaram a vigor, concomitantemente, apesar de tratarem sobre a mesma matéria, cabendo ao operador do direito reportar-se à antiga somente no caso de omissão da mais recente.

Acredita-se, pois, que a vontade do legislador ordinário não foi a de criar uma nova espécie de relacionamento legal e sim revogar as disposições da Lei 8971/94 que forneciam elementos estáticos para a definição de união estável (5 anos de duração ou filhos comuns), impedindo aos julgadores qualquer exame de índole subjetiva. Consequentemente, há a convivência entre as referidas Leis somente naquilo em que a última não regulamentou de maneira contrária ou se omitiu em regulamentar¹⁶⁹.

¹⁶⁷ LAZZARINI, Alexandre Alves. *A cumulação de pedidos, a listispendência e a coisa julgada nas ações de dissolução de união extramatrimonial* In: Repertório de doutrina sobre direito de família – WAMBIER e LEITE (Org.), op. cit., “Fixar-se prazo, segundo nos parece, além de constituir-se em exigência não contida na norma constitucional, acabará por ensejar o risco de burla à proteção dos conviventes, tanto nos casos em que faltando pouquíssimo tempo para ser completado o lapso temporal ocorrer o término da vida de fato por falta de consenso entre os conviventes, quanto à manutenção da mesma, como no de, por exemplo, um deles falecer, o que de forma alguma, em um e em outro caso, servirá à desconsideração da maneira como até então viviam e, que, eventualmente, se preste a indicar ter havido a união estável a que se refere a CF”.p.36.

¹⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato – União Estável*. In : Direito de Família contemporâneo. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 540.

¹⁶⁹ GOMES, Renata Raupp. *União estável conforme a lei 9278/96 : Questão pessoal ou institucional?* In Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, 1996. V. 76. p. 84.

Não obstante tantas críticas às tentativas de regulamentação do instituto, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o anteprojeto de lei, que se intitula “Estatuto da União Estável”¹⁷⁰, também com intuito de regulamentar o dispositivo constitucional. Por sua vez, o mesmo incorre em velhas questões, como a do prazo mínimo para referida configuração da união, os direitos e deveres dos companheiros, o regime de bens, os alimentos, o direito de herança, etc. Para alguns autores, nada mais é do que um rascunho daquilo que a legislação em vigor prevê para o casamento civil.

Tratando também da matéria, está o projeto de Código Civil, em fase de aprovação no Congresso Nacional¹⁷¹, com o Livro IV da Parte Especial, no título II, com o intuito de cuidar da legalização da União Estável. A matéria está explicitada em cinco artigos. Os dispositivos legais, cuja previsão para vigência é em janeiro de 2002, retoma a questão do tempo de convivência (cinco anos consecutivos sem filho e três anos consecutivos com filho em comum), a validade da união (estará submetida às condições análogas para o casamento civil e, para tanto, observar-se-ão os impedimentos previstos para o matrimônio), prevê ainda, os deveres entre os companheiros e estabelece regime de bens. Por fim, esclarece, sem meias palavras, o que vem a ser união estável e o que é concubinato¹⁷².

¹⁷⁰ Ante projeto nº 2.686 de 02 de outubro de 1996. DOU p. 19713.

¹⁷¹ Projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984 – Suplemento ao nº 074 – Diário Congresso Nacional.

¹⁷² WALD, Arnoldo., op. cit., “Artigo 1735 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos. § 1º O prazo previsto neste artigo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho em comum. § 2º A união estável não constituirá se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos arts. 1520 e 1522.

Artigo 1736 – As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Artigo 1737- Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Pois bem , sobre o instituto da união estável, o que nós vemos hoje, é que já foram promulgadas duas leis, uma primeira que pouco depois foi revogada, além de outra que atualmente está no Congresso Nacional em fase de exame, o terceiro projeto de lei relativa a união estável. E se pergunta por que isto? Pelos problemas que o instituto aparentemente simples cria, e problemas que são realmente delicados, porque não é fácil estabelecer-se uma disciplina que seja mais do que um concubinato, mas que seja menos do que o casamento, tendo em vista a circunstância de que a Constituição estabeleceu a união estável como instituto inferior ao casamento, tanto assim determina que o estado deverá envidar esforços para que a união estável se transforme em casamento¹⁷³.

Não obstante as leis esparsas, que regem a matéria ou mesmo os projetos em tramitação, não se pode negar que a atual Constituição Federal mudou o paradigma da relação familiar no direito brasileiro. E, neste ponto, merece aplauso o legislador constituinte, vez que entendeu que toda família constituída merece proteção estatal e respeito da sociedade, mesmo que a princípio isto possa chocar os mais tradicionalistas.

Citando SÉRGIO GISCHKOW, no seu artigo “A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher”, ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO faz comentários sobre a mudança ocorrida.

Não é fácil assimilá-la desde logo, condicionados que estamos por séculos de cultivo da irrealidade e da hipocrisia neste ramo do direito e por categorias diversas de pensamentos. É o poder da tradição, acentuado magistralmente por Gadamer, mas que há de sofrer o impacto, conforme Habermas, Afinal a família,

Artigo 1738 – A união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Artigo 1739 – As relações não eventuais entre o homem e a mulher , impedidos de casar, constitui, concubinato”. p. 542- 43.

¹⁷³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *O novo código civil. In: Boletim da escola superior de advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte: Del Rey , Novembro 2000. p.19-20.*

juntamente com a propriedade e o contrato são os pilares do direito liberal ocidental...¹⁷⁴.

A tendência moderna da legislação social é no sentido de reconhecer a união livre ou outro nome qualquer que se lhe queira dar, como um instituto amparado pelo Direito, deixando de ser uma realidade de fato e passando a ser uma realidade jurídica.

Existe muito mais entre o mundo real e o que se define como justo e correto do que possa alcançar nossas limitadas possibilidades jurídicas. Assim, quanto menos se normatizarem tais uniões, mais chances delas sobreviverem e menos chances de cometerem erros e injustiças, os tribunais terão. Não se pode perder de vista, que em qualquer tipo de relação humana, nunca se tem segurança plena do seu êxito ou fracasso.

2 - A “deslegalização” nas relações familiares

Sabe-se que a família foi e ainda é o núcleo básico da sociedade e, em função disto, merece especial atenção por parte de todos os seus segmentos.

Na base do Direito de Família, ou seja, da família como instituição jurídica encontra-se a família como realidade sociológica. A família é o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado. Como sociedade natural, correspondente a uma profunda e transcendente exigência do ser humano, a família antecede nas suas origens o próprio Estado. Antes de se organizar politicamente através do Estado, os povos mais antigos viveram socialmente em famílias¹⁷⁵.

¹⁷⁴ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher*. In: Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p.45

¹⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de Família*. Livraria Petrony, 1982. p.30. Apud R. CZAJKOWSKI. *União Livre*, 2. ed.; Curitiba: Juruá, 1999. p.35.

As mudanças ocorridas ao longo da história da humanidade estão diretamente ligadas aos diferentes modelos de famílias que ocorreram neste século que se findou e, não obstante, estarmos em uma era globalizada¹⁷⁶. Existe uma infinidade de formas de convivência familiar que juristas e legisladores sequer suporiam.

Diante da aceitação jurídica dessa nova (?) forma de se constituir uma relação familiar, daquilo que a sociedade liberal-burguesa entendeu como sendo a correta, dentro do pluralismo jurídico definido por ANTÔNIO CARLOS WOLKMER¹⁷⁷, houve uma abertura para aceitação do fato real no mundo jurídico. Tal modelo foge daquilo e talvez, por isso, queiram lhe impor regras, que por si só vão de encontro ao instituto que se denomina união livre¹⁷⁸.

No aspecto social, e não apenas no Brasil, tem-se verificado essa mudança de comportamento, constatando-se que as pessoas estão preferindo as convivências não matrimoniais. Acentua-se que tal mudança de comportamento vem acompanhada de uma maior valorização da liberdade individual em face da afetividade e, talvez em função disto, um respeito maior da sociedade em geral por esta opção de vida.

¹⁷⁶ ANTHONY GIDDENS, *Apud* IANNI, Octavio. *Teorias da globalização* Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999. Aqui entendida como : "... a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa". p.243.

¹⁷⁷ WOLMER. *Pluralismo jurídico*. 2.ed.; São Paulo : Alfa-Omega, 1997. "Afirma-se , deste modo, a proposta de um novo pluralismo jurídico (designado de comunitário – participativo) configurado num modelo aberto e democrático, privilegiando a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições - chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias. Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar uma outra legalidade a partir a multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade nas 'justas' exigências fundamentais dos atores sociais e, finalmente , de encarar a instituição da Sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa." p.69.

¹⁷⁸ Assim também se posiciona a Profa.. RENATA RAUPP GOMES em sua dissertação de mestrado : " Infelizmente , pressionado por correntes conservadoras do direito, preocupadas com as conseqüências da previsão constitucional, o legislador ordinário, apressadamente (afobadamente), tratou de regulamentar o conceito de união estável, e , especialmente, estreitar-lhe o sentido, ...". p.73;

Se os casamentos diminuíram ou são adiados, em muitos países ocidentais estão a aumentar, em contrapartida, as convivências não matrimoniais. Este tipo de solução simultaneamente sentimental e habitativa não é por certo uma invenção recente, mas novo é o significado que lhe é atribuído pelos indivíduos e o grau de reconhecimento social de que goza¹⁷⁹.

O que se busca, efetivamente, é uma convivência afetiva, em que se possa ser par, sem perder a identidade do ímpar, como advertiu DRUMMOND. Observa-se um rompimento com o modelo matrimonial posto pela sociedade burguesa que usa a família, a propriedade e o capital como estrutura de sustentação de sua ideologia. Sobre o assunto, também manifestou-se o professor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE :

O desejo de um compromisso pessoal frente à sociedade, com a pessoa que se ama, a aspiração à duração e à estabilidade, a procura de segurança afetiva e material, o desejo de fundar uma família, vinculando-se nas famílias dos ascendentes de ambos os nubentes, enfim, tudo isto que significa o casamento não representa mais modelo e não é tampouco, meta das novas gerações. (...) o que ganha espaço cada dia mais é justamente um modo de vida que não corresponde a um estatuto nem a qualquer união formalizada: é a união livre, que garante a cada um sua individualidade, ...¹⁸⁰.

Partindo deste prisma, o Estado deve ter um limite para intervir nas relações familiares, pois, do contrário, interferirá na liberdade dos indivíduos que optaram por não se submeterem às regras estatais na sua conduta e na vida privada, especialmente, na relação familiar. O Estado, via aparelho judiciário, institucionaliza uma nova ordem familiar pressionado pela sociedade e, com isto, mantém-se no controle da

¹⁷⁹ SARACENO, Chiara. *Sociologia da família*. Lisboa : Editorial Estampa, 1988.p.105.

¹⁸⁰ LEITE, Eduardo. *Famílias monoparentais*. p.45.

‘regulamentação do desejo’¹⁸¹. Até este momento a intervenção do ente estatal é salutar, uma vez que acaba com a discriminação social em relação às famílias não legítimas. Porém, a existência de um excesso de normas, haja vista as leis existentes e outros projetos em tramitação, regulamentando uma situação que as pessoas ali envolvidas se colocam, justamente porque não querem se submeter ao que está posto, desrespeita a liberdade individual. Tal conduta vai de encontro a um dos sustentáculos do direito: a liberdade.

Ora, as mudanças e transformações nos rumos e formas de constituição da família atual são apenas a expressão e reivindicação da ampliação do espaço de liberdade das pessoas. E a liberdade é um dos pilares que sustenta o Direito¹⁸².

Cumprir lembrar que muitos casais assumem, conscientemente, um tipo de união que desejam ser totalmente descompromissada, e aí “uma interferência do Estado nesta esfera da privacidade cidadã, violentaria as personalidades daqueles conviventes nessas uniões livres”¹⁸³.

A legalização daquilo, que se pretendia livre e sem amarras, faz com que aqueles que desejam estabelecer tal relacionamento se intimidem, diante das várias leis que estabelecem direitos e obrigações; não apenas quanto aos efeitos desta relação mas, e principalmente, quanto ao modo de proceder dos envolvidos.

Qualquer regulamentação, caso tome como parâmetro as normas relativas à família oriunda do casamento,

¹⁸¹ Expressão usada pelo professor da Universidade Federal do Ceará MARCOS COLARES, que é advogado e sociólogo.

¹⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família do século XXI*. In : Revista Literária do Direito. n.35. Maio/Junho de 2000. p.27.

¹⁸³ Palestra proferida pelo Prof. SEGISMUNDO GONTIJO da Universidade Católica de Minas Gerais no 1º Encontro da OAB – Mulher em Belo Horizonte, 29 de setembro de 2000.

particularmente no que se refere aos efeitos pessoais da união estável, pode ser considerada contraditória, se não com a opção feita pelos envolvidos, no sentido de manter uma família sem casamento, pelo menos com a própria natureza da situação de fato: qual seria o sentido e pertinência de se impor uma normatização análoga à vigente para o matrimônio à convivência do casal que, em tese, optou por uma vida em comum não formalizada?¹⁸⁴

A deslegalização desse novo modelo de família que se apresenta é fruto das revoluções sociais originadas de forma mais aberta, nos anos sessenta, período no qual o mundo se transformou em uma “aldeia global”¹⁸⁵. É necessário considerar que esta convivência “sem regras” pode ser, para alguns, um rito de passagem que irá desembocar no casamento legítimo, para outros, no entanto, vai ser mesmo uma opção para a vida em comum, enquanto a relação for boa, prazerosa e desejada por ambos.

O modelo de família entrou em mutação vertiginosa a partir da década de 60, (...). milênios de tradição, usos e costumes assistem perplexos à queda fragorosa do tabu da virgindade (...), à amizade colorida, à produção independente de filho, ao casamento aberto, à banalização da inseminação artificial humana com suas situações absurdas, a popularização dos exames de impressões digitais do DNA para comprovação da paternidade, etc.¹⁸⁶

O que se verifica é um novo modelo familiar que tem como paradigma razões subjetivas como o amor e a busca da felicidade, enquanto realização pessoal dos envolvidos. Tal subjetividade, não comporta formas preestabelecidas, uma vez que é muito maior do que está posto.

Descreve, muito bem, a situação o prof. JOÃO BATISTA VILLELA:

¹⁸⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira., op. cit., p. 120.

¹⁸⁵ Expressão cunhada por MAC LUHAN.

¹⁸⁶ GONTIJO, Segismundo. *Do instituto da união estável*. In : Revista do Direito de Família. Vol. 1 . Porto Alegre : Síntese.,dez/99. p.6

Em sua crônica obstinação de navegar na contracorrente da história, o Brasil insiste em impor normas para tudo, quando a consciência dos novos tempos e a superação de paradigmas positivistas apontam para a desregulamentação. O par que opta por não se casar [...] é porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece (...).portanto haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa.(...) O delírio normativista do estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*. (...). É um erro primário supor que as pessoas que mantinham entre si uma convivência amorosa à margem do casamento civil, vivessem sob o regime de completa anomia. Não viviam! (...) Quem, podendo casar, prefere a união livre deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou¹⁸⁷.

Verifica-se que a preocupação existente com as questões patrimoniais familiares oriundas do liberalismo, não mais representam o núcleo central da família atual. Respectiva família se vincula aos interesses de cunho pessoal e mais humanos. A afetividade é o que vai definir a família do novo milênio.¹⁸⁸ O afeto, mesmo não tendo sido expressamente reconhecido pelas leis e, muitas vezes, ignorado pela maioria dos doutrinadores, instalou-se na seara jurídica e demarcou seu espaço que é, definitivamente, um espaço privado.

2.1 - A afetividade como elemento nuclear das relações familiares

Com tantas mudanças ocorridas no século XX, no âmbito familiar, destaca-se que a mesma deixou de ser um núcleo econômico e reprodutor, como se

¹⁸⁷ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p.11.

¹⁸⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira., op. cit. "Isto porque, a família sem casamento, a partir da norma projetada , é indevidamente enquadrada no modelo de legalidade liberal - racionalista, divorciado das próprias condições histórico – culturais que ensejam sua caracterização e, por via de consequência, afastado das reais necessidades para o trato da matéria emergentes na comunidade". p.127.

verificou, inicialmente, para se tornar uma relação de companheirismo, centro da afetividade das pessoas ali inseridas. Os antigos referenciais, sexo, casamento e reprodução já não se vinculam necessariamente. Hodiernamente, é possível a reprodução sem sexo e o matrimônio não é a única forma de legitimar o sexo.

O número de pessoas que optaram por um relacionamento afetivo sem a oficialidade do casamento civil cresce a cada dia. Busca-se, nesta esteira, que a paternidade seja desbiologizada¹⁸⁹, ou seja, que esta relação seja baseada no afeto e tenha como princípio essencial a vontade de ser pai e de ser mãe.

A família e a filiação passaram a ser fundadas no princípio jurídico da afetividade, decorrente da superação dos modelos biológicos. ... No estágio que nos encontramos, há que se distinguir o direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade / maternidade, nem sempre genética¹⁹⁰.

Com a urbanização, a grande prole deu lugar a uma família com poucos filhos. A redução familiar possibilitou um relacionamento mais próximo e a preocupação com o bem estar do outro aumentou. O afeto ganhou espaço. Enfim, houve um aprofundamento afetivo nas relações de família¹⁹¹. A família celebra, neste fim de milênio, a consagração da relação de afeto, deixando para trás a importância da consangüinidade, as normas estabelecidas e a questão patrimonial.

¹⁸⁹ Expressão cunhada pelo professor João Batista Villella, da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Filiação e princípio da afetividade*. In : Del Rey Revista Jurídica. Ano III. N.7. Dezembro de 1999. p.13.

¹⁹¹ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1980 “ De uma unidade proposta para fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade”. p.11.

LUIZ EDSON FACHIN afirma que:

Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível. Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância.(...)Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o 'outro' edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos.(...) Eis, então o direito ao refúgio do afeto¹⁹².

Faz-se mister assinalar que o direito não comporta raciocínio matemático, uma vez que traz consigo elementos afetivos e volitivos, ou seja, está permeado dos sentimentos da vida humana e suas manifestações afetivas. Normas postas e pré estabelecidas em questões que comportam uma visão holística, via de regra, não respondem aos anseios das pessoas envolvidas. As pessoas buscam, neste limiar do terceiro milênio, um ninho, preferencialmente, sem os nós.

Seguindo esse entendimento, a desembargadora MARIA BERENICE DIAS entende que a Constituição Federal estendeu o conceito de família quando protegeu a família originada da união livre e que também agiu com sabedoria quando não lhe determinou regras.

Bem andou o legislador constitucional em limitar-se a definir sua proteção a tal tipo de entidade familiar, sem definir-lhe os contornos, tão-só integrando-a no ramo do direito de família, onde o julgador encontra de forma exaustiva, os regramentos que agora passará aplicar, também às uniões que considerar estáveis¹⁹³.

¹⁹² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p.305-06.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. Apud GOMES, Renata Raupp. Dissertação de Mestrado, p. 73.

A concepção constitucionista de entidade familiar foi sendo construída aos poucos, saindo de uma moldura formal e patrimonial para uma forma em que os aspectos pessoais se destacam. É, neste momento, que os interesses individuais de cada sujeito que compõe a família se eleva e a busca da felicidade de todos que a compõem impulsiona o elemento afeto. Valorizado, o afeto tornou-se o pilar, por excelência, dessa relação; nessa perspectiva, uma vez mais, se destaca o valor dos sentimentos individuais em relação às normas, que possam vir a estabelecer o vínculo jurídico que une os familiares. Não é diferente o ensinamento da professora RENATA RAUPP GOMES quando diz:

Regular, pormenorizadamente, a união estável (ou convivência, atualmente) como fez a Lei em questão (dedicando-lhe ao todo onze artigos), é institucionalizar-se um ‘casamento de segundo grau’, e pior: é retirar-lhe o caráter dinâmico que possui em seu nascedouro, enquanto fato social que se atualiza e materializa dia a dia¹⁹⁴.

Constata-se que o vínculo jurídico vai cedendo espaço à “verdade socioafetiva”.

Da relação contratual, consequentemente, com forma e com regras estabelecidas, chega-se à família informal, onde não se cogita de deveres, mas, sim, da felicidade, do afeto, de uma opção para se viver a dois, a três ou a quatro como um ato de absoluta liberdade¹⁹⁵. A família deixa de ter uma função procracional e econômica, haja vista o grande número de casais sem filhos, por livre vontade e a união entre pessoas de classes sociais diferentes. Contemporaneamente, a família parte de dois princípios

¹⁹⁴ GOMES, Renata Raupp. Dissertação de Mestrado. p. 75.

¹⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. p.98.

básicos: a liberdade e a igualdade. O modelo patriarcal que nossa legislação consolidou entrou em crise.

3 – Relação Familiar X Estado

A relação familiar, sem o selo da oficialidade, é um núcleo baseado na união de valores ligados pela afetividade, e permaneceu por séculos sem a proteção estatal, não obstante ser uma realidade fática. Poder-se-ia justificar tal questão tendo em vista o modelo de codificação importado pelo sistema jurídico brasileiro, qual seja o racionalista liberal. Efetivamente, sob essa perspectiva, a melhor alternativa que se lhe acenava era ignorar a realidade social.

No entanto, o direito não pode se calar diante da evolução humana e tem que responder aos anseios sociais.¹⁹⁶ Mas, ainda assim, o direito pátrio ignorou as pessoas envolvidas, homem e mulher e foi atender terceiros, no caso, os filhos. A partir daí, o legislador brasileiro “abriu as portas” do sistema jurídico brasileiro aceitando o fato social. Essa concessão iniciou o caminho para a igualdade absoluta prevista na atual Constituição Federal. Atestou-se o interesse do Estado em oficializar o que foi por muito tempo excluído. Orlando GOMES já dizia: “(...) o interesse do Estado moderno de legitimar as uniões estáveis, provenham ou não do matrimônio”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ A esse respeito EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE anota em sua obra *A família monoparental com entidade familiar*: “O homem evoluiu, as instituições se aperfeiçoaram e o Direito de certa forma, se esclerosou em padrões tradicionais que não respondem às expectativas das novas gerações. Ciência dinâmica por vocação – na medida em que reflete os anseios humanos – o Direito tornou-se estático por incapacidade de adaptar e se refazer, recriando a ordem jurídica na dimensão humana. No caso brasileiro, a defasagem entre a realidade social e a normatização da conduta é ainda mais pronunciada. A divisão social do trabalho, o acesso da mulher ao mercado de trabalho, o desaparecimento da hierarquia nas relações paterno-filiais, a dessacralização do casamento e a liberdade sexual alteraram o quadro secular familiar, fazendo os indivíduos perderem suas referências tradicionais e relativizando os valores”. p.45.

¹⁹⁷ GOMES, O. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p.67.

Mas, diante do que aí está, o Estado se mantém fiel aos princípios do racionalismo liberal.

Se, num contexto intervencionista e aparentemente solidarista, a Constituição Federal de 1988 protege a família, na sua pluralidade de feições, ao fazê-lo, no entanto, não colocou necessariamente as realidades familiares num mesmo patamar, consoante seria desejável, estabelecendo, implicitamente, uma opção preferencial pelo casamento, até por não estar subvertendo o modelo jurídico racionalista, mas operando sua repersonalização. Esta postura é condizente com o que poderia ser designado como ética da lealdade ao casamento, pela qual admite-se dignidade jurídica à união informal porém mantendo como paradigma básico das uniões sexuais o matrimônio¹⁹⁸.

O Estado ao interferir nessa relação essencialmente privada, não pode perder de vista que a liberdade é um atributo da vontade, e que essa é principalmente um direito, que deriva da natureza e se enquadra com o chamado direito de primeira geração, usando a classificação de Norberto BOBBIO.

Uma vez mais, a lição do professor JOAO BATISTA VILLELA se faz presente:

Toca as raias do ridículo que um país, como o Brasil, que não consegue resolver problemas elementares de segurança nas ruas, saneamento básico ou de controle de epidemias, cuja previdência social está falida, que não oferece ensino de qualidade nem serviço público suficiente, se proponha agora a invadir o domínio da privacidade das pessoas para lhes impor regras de organização da vida amorosa¹⁹⁹.

Convém ressaltar que o poder judiciário não poderia ficar imune ao que está colocado como realidade social, o que efetivamente não ocorreu já que esse poder já

¹⁹⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira., op. cit. p.115 - 16.

vinha se manifestando sobre as uniões livres, haja vista o número de decisões a respeito e a jurisprudência consolidada. Necessário também se fez que o poder estatal amparasse tal relação, mas de uma forma que não interferisse na liberdade dos envolvidos.

O direito positivado brasileiro excluiu da sua proteção a relação livre entre um homem e uma mulher, se mantendo fiel ao instituto do matrimônio. As conquistas, nessa área, nem sempre significaram avanços, mas, simplesmente, a manutenção da exclusão social. Por exemplo, a indenização por serviços prestados, que tem sua fundamentação legal na relação obrigacional e não na relação familiar. Neste caso, a convivência foi tratada como uma relação quase comercial.

[...] é possível constatar que, paradoxalmente, muitas das concessões que gradativa e aparentemente foram feitas à família sem casamento no Brasil durante o curso do século XX, seja no plano jurisprudencial, seja no âmbito do direito legislado, não significaram efetivos avanços no sentido do reconhecimento, num plano ético, de que estas realidades deveriam ser protegidas pelo manto do ordenamento jurídico, mas sim formas invertidas de exclusão, de rejeição das situações de fato familiares, consagrando valores da sociedade burguesa, através da utilização de mecanismos encontrados no próprio sistema jurídico²⁰⁰.

O que se questiona é a regulamentação excessiva, principalmente, no que se refere ao relacionamento pessoal, impondo-lhe um código de conduta minuciosa e ao fazê-lo extrapola o limite do desejável na sua intervenção, uma vez que declara a inferiorização da família constituída por via da união livre, verificando-se, uma vez mais, a exclusão social e, conseqüentemente, hierarquizando a família. Depreende-se das leis que regulam a matéria – união estável – a criação de um casamento de segunda classe, quando a

¹⁹⁹ VILLELA, João Batista. Apud CAMBI, Eduardo. *Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família*. op. cit., p.137.

²⁰⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos., op. cit., p. 157-58.

idéia a ser trabalhada é a da proximidade entre a família de fato e a de direito. Verifica-se como uma ingerência do Estado sobre a liberdade individual pode desvirtuar uma relação que se pretendia livre. Onde a responsabilidade de cada um dos companheiros teria como premissa maior o fato da família ser estabelecida como um fato natural baseada no afeto.

Neste sentido pronunciavam-se muitos doutrinadores, como CARMEM LÚCIA SILVEIRA RAMOS²⁰¹ e VISEU JÚNIOR, que dizem:

A intervenção do Estado há de ser dosada com equilíbrio e ponderação, circunscrevendo-se ao estritamente necessário, vale dizer, aos pontos essenciais. Deve, portanto, evitar a formalização excessiva que coloca o instituto em trilhos rígidos, a exemplo do casamento. Isso, em particular, quando se sabe que essa forma de convivência é freqüentemente procurada por pessoas que desejam escapar às convenções ditadas pela sociedade. [...] Desse modo, estar-se-á evitando que a consolidação normativa, com sua rigidez e notório descompasso, possa acarretar-lhe prejuízos ou mesmo acabar por equipará-lo ao casamento, quando não foi a intenção e isso não decorre da Carta Magna atual²⁰².

O que de melhor se poderia fazer, nesta seara do direito, era simplesmente revogar as leis existentes, e abortar os projetos que estão tramitando pelo Congresso Nacional²⁰³, deixando a matéria unicamente com a Constituição, que reconhece a união

²⁰¹ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira., op. cit., "... o rumo, que vem sendo apontado pelo direito positivo brasileiro, no sentido de regulamentar, em detalhes, a família sem casamento, denominada união estável, na nomenclatura da opção constitucional, no nível do relacionamento pessoal e patrimonial dos companheiros, segundo o modelo de influência canônica previsto para as relações matrimônias, impondo-lhes, inclusive, um estatuto pessoal além do estatuto patrimonial *ex lege*, se, por um lado, pode ser justificado como uma forma de preservar direitos das partes envolvidas, numa sociedade socialmente injusta e desigual excede na intervenção estatal nos relacionamentos informais, ao mesmo tempo em que ratifica a implícita inferiorização imposta às famílias sem casamento na sua recepção pelo sistema jurídico". p.158 - 59.

²⁰² VISEU JÚNIOR, J.C. *O estatuto da relação concubinária*. In : BITTAR, Carlos Alberto (Org.), op. cit., p. 150.

²⁰³ Por exemplo, o projeto de nº 2.686 de 02/10/96, traça os deveres de direitos os conviventes de forma minuciosa, grosso modo, uma cópia das regras referentes ao matrimônio no atual Código Civil.

livre como entidade familiar e que a mesma teria a proteção do Estado. Recebendo, assim, a proteção dos seus poderes estatais, inclusive, e, principalmente do judiciário.

Todas estas teses não põem fim às questões familiares, sejam elas traduzidas por qualquer via. Parafraseando RENATO JANINE RIBEIRO, é necessário que se use a “mineiridade”²⁰⁴, ou seja, a prudência, o cuidado, a ternura que vão constituir um meio importante em um caminho sem trilhas, como o é o da união livre.

O homem apaixonado se independe de leis. Ama, mesmo, contra as leis. O acasalamento de um homem e uma mulher não atenta contra o direito nem às leis. É uma lei maior, natural. A natureza, a despeito das leis, os une e, muitas vezes, a lei se torna tirana e violenta a natureza.

A lucidez de um dos clássicos ensinamentos do jurista brasileiro VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, permite aos executores da lei, mas, principalmente dos executores da justiça, refletir sobre a questão:

A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza.[...] O legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. Fenômeno natural ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é ela que excede à moldura em que o legislador a enquadra.[...] Agora, digam-me, o que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sobre o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei ou o padre com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. [...] De tudo que acabo de dizer-vos uma verdade resulta: soberano não é o legislador, soberana é a vida. Onde a fórmula legislativa não traduz outra coisa que a convenção dos homens, a vontade do legislador impera sem contraste. Onde, porém, ela procura regulamentar um fenômeno natural, ou o legislador se

²⁰⁴ Conforme *A família na travessia do milênio*. In : Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

submete às injunções da natureza, ou a natureza lhe põe em xeque a vontade. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção²⁰⁵.

Uma vez mais, busca-se nas lições dos mestres um rumo, um norte, já que não existem trilhas seguras. Mas, evidencia-se que já se percorreu um caminho considerável e, ciente desse caminhar, sempre em frente, é que se entende, “agora que principiamos e já andamos um caminho tão grande, ninguém nos fará virar e nem andar de fasto”²⁰⁶.

²⁰⁵ PEREIRA, Virgílio de Sá Apud MOURA BITTENCOURT, Edgard de., op. cit., p.26.

²⁰⁶ Expressão usada por GUIMARÃES ROSA no seu livro Grande Sertões Veredas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elaborar uma conclusão não é tarefa fácil, especialmente quando a matéria envolve questões de Direito. Sabe-se que o Direito carece de pureza, pois existe uma constante interação do mundo jurídico com o político, o econômico e o ideológico. Agrava-se a situação quando se trata de Direito de Família, ramo da ciência jurídica que mais tem sofrido transformações. Nunca se mudou tanto, em tão pouco tempo. E, em assim sendo, verifica-se que o paradigma familiar, do terceiro milênio, surge desta miscelânea e reflete em seu conteúdo o contexto histórico na qual a família se insere

Como pode-se notar o Estado no decorrer dos tempos, especialmente, o Estado Moderno, passou a se interessar pelas relações de família em suas várias manifestações sociais. Tal interesse é facilmente constatado na progressiva tutela desta matéria nas várias Constituições existentes na atualidade incluindo, aí, as brasileiras .

Houve uma ampliação dos interesses a serem protegidos. Verificou-se que o Estado, que anteriormente ocupava um espaço estritamente público, vai, aos poucos, ganhando o espaço privado onde a família se encontra. A proteção do Estado à família é, nos dias atuais, princípio adotado nas Constituições da maioria dos países, independentemente de sua formação ideológica. Tanto é verdade, que em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dizia que a família tem direito à proteção do Estado.

Não foi diferente com o Estado brasileiro que, através do constituinte de 1988, efetivamente, acabou com a hipocrisia reinante e celebrou a família em sua plenitude, quando aprovou a primeira parte do parágrafo terceiro do artigo 226 : “ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,...”. Deste dispositivo, conclui-se que : a família não é só aquela constituída pelo casamento legítimo, passando a constituir-se por outras formas; a família não é célula do Estado, aqui, entendido, como sociedade política, mas da sociedade civil, portanto, não pode o mesmo tratar das relações familiares como se fosse parte sua, ou seja, da esfera pública. Mesmo porque a sociedade civil chama a si os organismos sociais. É preciso que se estabeleçam limites entre o que é interesse da sociedade política e o que é interesse da sociedade civil. Tal encargo deve ser desempenhado pelos organismos sociais, uma vez que não é interessante para o Estado demarcar tais limites.

Entretanto, ultrapassando os limites para sua intervenção, o Estado vai de encontro aos direitos fundamentais básicos que norteiam a família do século XXI : a liberdade e a igualdade. Quando o mesmo intervém em aspectos tão pessoais, objetiva, sob o manto da proteção, reproduzir sua ideologia na sua busca constante de chegar e permanecer no poder. Fica clara a ação do aparelho coercitivo que se propõe a continuar dominando. Ou seja, o espaço público interfere no privado para controlá-lo, uma vez que é

este último quem dá sustentação ao primeiro. Porém, procura fazê-lo, sub-repticiamente, de modo que a sociedade civil não perceba que está sendo manipulada e, principalmente, não perceba que é ela quem possui força suficiente para transformar o Estado. Para atingir seu propósito usa o “Direito”, criando um conformismo social que venha a ser útil para o grupo dominante.

No entanto, a família, do terceiro milênio, de algum modo, revoluciona, pois, está centrada na afetividade e, enquanto este afeto existir, a mesma sobreviverá e, a despeito do que se coloca, exercita a liberdade e a igualdade, consolidando-se na colaboração mútua, sem hierarquia, dos conviventes.

A segunda parte do parágrafo supra mencionado, diz textualmente : “...devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, oportunizou ao legislador ordinário um número sem fim de leis na tentativa infeliz de regulamentar o que, em tese, não queria ser regulado. Vê-se, claramente, a opção do Estado brasileiro pelo casamento legítimo, colocando a família originária de uma união estável como uma categoria familiar inferior. Reflete, assim, a intenção de ter o seu espaço dentro de uma relação até então marginalizada e exercer seu poder de manipulação. No entanto, não abre mão das suas convicções fincadas no modelo familiar patriarcal, quando privilegia o casamento civil que, por sua vez, privilegia a propriedade, os impostos, enfim, a estrutura burguesa, os interesses da classe dominante.

Interessante que, ao amparar a união livre, o Estado também pretende justificar-se como ente que exerce a democracia e que respeita as liberdades fundamentais dos cidadãos. O Estado tem a possibilidade de manter a ordem pela coerção, mas também pode se valer dos aparelhos privados na tentativa de conseguir o conformismo em relação aos seus atos. No caso da união livre, o Estado brasileiro

primeiro amparou uma relação até então marginalizada. Foi aplaudido por todos. Em um segundo momento, normatiza pormenorizadamente tal relação de modo a “enquadrá-la” segundo seus interesses e, principalmente, para não possibilitar que essa nova estrutura familiar sem regras se volte contra ele. Diante do que se verifica, é necessário fazer do exercício da democracia um meio de transformação do Direito, através da crítica aos poderes estabelecidos, daí a urgência de fortalecê-la diuturnamente.

É bem verdade que demarcar o que seja espaço público (próprio do Estado) e o que seja espaço privado (referente às relações familiares) é tão difícil, quanto necessário. Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que, sendo a família base do Estado, caso este a viole estará atingindo a si mesmo. Porém, não se pode deixar de considerar que o Estado – coerção quer, acima de tudo, continuar exercendo sua dominação e, em assim sendo o mesmo não está interessado na família como instrumento de realização pessoal dos seus membros e sim na família como aparelho de reprodução ideológica. Dizer que em algumas questões, ainda que pertinentes ao privado, possa existir interesse público, como a alfabetização de crianças, a educação obrigatória, a proibição de manipulação genética para definir sexo dos filhos, etc., é admissível. Mas, tais temáticas passam longe da intervenção estatal em questões íntimas como o da convivência entre um homem e uma mulher.

Usando, sem qualquer critério, do poder de legislar, o Estado brasileiro acionou seus mecanismos e promoveu verdadeira invasão de privacidade junto ao cidadãos, estabelecendo normas em demasia para questão estritamente pessoal. Teria agido, com bom senso, o legislador se se ativesse às normas mínimas já estabelecidas, de modo a permitir uma solidificação do novo modelo familiar, permitindo que o tempo e a própria sociedade estabelecesse, ou não, tantas regras.

De outro lado, poder-se-ia argumentar que, caso o Estado se abstivesse de regulamentar os efeitos dos relacionamentos oriundos da união estável, seria previsível a imposição da lei do mais forte, viabilizaria as relações poligâmicas e outras consequências desastrosas à célula familiar. O respeito à liberdade que entende ofendida, neste aspecto, da vida privada, não busca um retorno ao vago humanismo do liberalismo, ao individualismo exacerbado; busca-se, dessa feita, afirmar a finalidade mais relevante da família: realizar a pessoa no grupo familiar. Tal objetivo só é possível na solidariedade com o outro. Com um preceito amplo o judiciário poderia efetivamente criar o Direito e o Justo, analisando caso a caso. Assim, a sociedade civil ganharia espaço e a democracia se fortaleceria. Mas, não parece ser esse o interesse do ente estatal.

O novo modelo de família surgiu tendo em vista que as pessoas assim o desejaram. Queriam romper com o antigo sistema, baseado no patriarcalismo e, não obstante as estruturas sociais estabelecidas, romperam. Historicamente, sempre foi assim, uma vez que a família não é criação do Estado, muito menos é invenção do Direito.

Compreender, aceitar e reconhecer esta nova moldura de família, sem impor regras, pode não ser tarefa fácil para quem vive no mundo das leis e do poder, mas é imprescindível para o exercício da liberdade. Trata-se, aqui, da liberdade que tem força suficiente para se autodefender e que precisa ser avivada em cada indivíduo, pois, sem ela mesma não existe dignidade humana.

O desafio que se coloca é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica. Do contrário, corre-se o risco de tornar-se “um poeta de um mundo caduco”.

Portanto, mesmo com a intervenção patente do Estado, na sua busca constante de permanecer dominando, é necessário, que se busque incessantemente dar à família condições plenas para se formar e para formar as pessoas, que optaram por esta ou aquela modalidade, de colocar em prática a máxima cristã “ não é bom que o homem viva só”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, B. Siqueira. História da Filosofia - Os Pensadores. São Paulo : Nova Cultural, 1999.

ABBAGNANO, Nicola . *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 2 ed.; São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 7 ed., São Paulo : Jurídica Brasileira, 1995.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de . *A unificação supranacional do direito de família*. In : Boletim de Atualidades do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu, junho de 1998. Ano II. Nº 04. p. 4-16.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Introdução crítica de José Augusto Guilhon Albuquerque. 7 ed. Rio de Janeiro : Graal, 1998.

_____. *Freud e Lacã. Marx e Freud*. Tradução de Walter José Evangelista. 3 ed.; Rio de Janeiro : Graal, 1985. -

ARENDET, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 9 ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa Almeida. 5 ed., São Paulo : Perspectiva, 2000.

ARISTÓTELES. A Política. Tradução Ivan Lins. Introdução Nestor Silveira Chaves. Coleção Universidade. Rio de Janeiro : Edições de Ouro, 1981.

ARRUDA JR, Edmundo de Lima. BORGES FILHO, Nilson (Org.). *GRAMSCI, estado, direito e sociedade*. Florianópolis /SC : Letras Contemporâneas, 1995.

ATLAS Histórico do Mundo. São Paulo : Folha da Manhã, 1995. p.76-82, 86-91 e 112.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo : Perspectiva, 1996.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução Pe. Antônio Santamaria. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 1979. p.393.

BARROSO, Pêrsio Henrique *Constituinte e constituição*. Curitiba: Juruá, 1999.

BIGNOTO, Newton. *As fronteiras da ética : Maquiavel*. In: Coletâneas.. São Paulo : Cia das Letras, 1992. p. 113-125.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário Política*. Tradução: Carmen C. Varriale. João Ferreira. João Ferreira e Luís Pinto Cacaís. Vol. I e II. 12 ed.; Brasília : Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* . 7 ed.. São Paulo : Malheiros, 1997.

_____. *Teoria do Estado*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3 ed., Rio de Janeiro :Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BORGES FILHO, Nilson. *Sobre o sagrado e o profano : civis e militares na política brasileira*. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996.

_____. *O direito e a justiça*. In: Revista Brasil 500 anos. Belo Horizonte, Junho de 2000. p.4-10.

BRASIL, Código Civil do. 51ª ed.; São Paulo: Saraiva,2000.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. 24 ed.; São Paulo: Saraiva,2000.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado,1999.

CAHALI, Yussef Shaid. *Divórcio e separação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed.; Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 10 ed.. São Paulo : Ática., 1998.

_____. *O que é ideologia*. 46 reimpressão. São Paulo : Brasiliense, 1999.

COLARES, Marcos. *O que há de novo no direito de família*. In: Revista Direito de Família – IBDFAM. www.sintese.com / Maio de 1999. p. 13 –26.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre : à luz das leis 8871/94 e 9278/96*. Curitiba: Juruá,1999.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci e a sociedade civil*. In: Giovanni Semeraro. Rio de Janeiro : Vozes, 1999.

_____. *A democracia como valor universal e outros ensaios*. 2ed.; Rio de Janeiro : Salamandra, 1984. p. 1-48; 84-96; 121-161.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. 3 ed., São Paulo : Brasiliense 1983.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. In: www.unb.com.br. 20 de outubro de 1999.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual : aspectos sociais e jurídicos*. In: Revista Direito de Família – IBDFAM. www.sintese.com / setembro de 1998, p.5-13.

DINIZ, Almachio. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Francisco Alves,1916.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 1 e 2. São Paulo: Saraiva,1999.

- DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Igual – Desigual*. In: Coletânea. 5ª ed.; Rio de Janeiro : Record, 1985. p.13.
- DURKHEIN, Émile . *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família , da propriedade privada e do estado*. Tradução Leandro Konder. 14 ed., Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *O outro ninho : mudança de paradigmas, do tradicional ao contemporâneo*. In : Del Rey Jurídica. Nº 07. Belo Horizonte: Del Rey, Dezembro de 1999. p12.
- _____. *Da paternidade : relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa folha/aurélio*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FIUZA, César. *Direito civil*. 2 ed., Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- FORNACIARI JR., Clito. *Concubinato : uma evolução que a lei não ajudou*. In: Revista Direito de Família – IBDFAM. www.sintese.com / Maio de 1999. p. 1-13.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução Plauto Faraco de Azevedo. 10ª reimpressão. Porto Alegre : Fabris, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida : introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano II. Nº 05. Abr. Mai. Jun. Porto Alegre : Síntese, 2000. p. 7-28.
- GOMES, Orlando . *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Renata Raupp. União estável conforme a lei 9278/96 : Questão pessoal ou institucional? In *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, v.76, 1996.
- _____. *A construção do novo paradigma juridico-familiar na ordem constitucional de 1988*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1996.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GONTIJO, Segismundo. *Do instituto da união estável*. In: Revista do Direito de Família. Dezembro/ 1999, V. I, Belo Horizonte. p.5-15.

_____. *Dos atuais tipos de união e das sociedades decorrentes*. In: <mailto:segis@joinet.com>, novembro de 1999. p.6-12.

_____. *Das surpreendentes seqüelas da legislação concubinária*. In: <mailto:scgis@joinet.com>, outubro de 1998. p. 3-4.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. Tradução Luiz Mário Gazzaneo. 7 ed., Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1989.

GRAF, Adelhardtd. *Espaço Público*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1987.

GRUPPI, Luciano . *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali. 15 ed.; Porto Alegre : L&PM, 1998.

HABERMAS, Jurgem. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HEGEL, G. W. Friedrich. *Estética – a idéia e o ideal*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Família e casamento em evolução*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. – IBDFAM. [www. sintese.com](http://www.sintese.com) / setembro de 1999. p.1-13.

HOBBSBAWM, E.J. *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1990.

LAGOMARSINO, Carlos A. R. ARIARTE, Jorge A. *Separación personal y divorcio*. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1997. p. 20-58.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução Walter Stonner. Porto Alegre: Villa Martha Ltda, 1980.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO NETO, Paulo Luiz Neto. *O ensino de direito de família no Brasil* In Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

_____. *Filiação e princípio da afetividade*. In Del Rey Revista Jurídica. Ano III. N.7. Dezembro de 1999.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 3 ed., São Paulo : Brasiliense, 1983.

KOOGAN/ HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário*. Rio de Janeiro : Delta, 1994.

NOGUEIRA DA SILVA, P. N. *Curso de direito constitucional*. 2 ed.; São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

MAMEDE, Glasdston. *Semiologia e direito*. Belo Horizonte : Editorial, 1995.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Olívia Bauduh. São Paulo : Nova Cultural, 1999.

_____. *Escritos políticos*. Tradução Olívia Bauduh. São Paulo : Nova Cultural, 1999.

MARTINS NETO, J. dos Passos. *Uma introdução do estudo do leviatã*. Dissertação de mestrado. Florianópolis, 1993.

MARX, Karl. *Para crítica da economia política*. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.p. 01 - 46.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12 ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983.

MONTESQUIEU, Barão de Bréde e de (Charles Louis de Secondat). *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6 ed.. São Paulo : Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre Pouchan. *O direito de família e o novo código civil brasileiro*. In: www.jusnavegandi.com.br, novembro de 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Novo Código Civil*. In : boletim da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte: Del Rey, Novembro/2000, p.13-30.

MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *Concubinato*. São Paulo : Universitária de Direito, 1975.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família*. 5 ed.; São Paulo : Jurídica Brasileira, 2000.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia jurídica : orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre : Síntese, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil : direito de família*. V.5. Rio de Janeiro : Forense, 1991

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Concubinato – União Estável*. In : Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

_____. *Direito de família do século XXI*. In : Revista Literária do Direito, Maio/Junho de 2000. n.35 . p.26-28.

_____. *Entrevista*. In: Del Rey Revista Jurídica. Nº 07. Belo Horizonte : Del Rey, Dezembro de 1999. p.9-11.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 65-88.

PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.

PINTO, Teresa Arruda Alvim (org.). *Direito de família –aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

PLATÃO. *Diálogos*. Tradução Janice Florido. São Paulo : Nova Cultural, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. Tomo 3. Rio de Janeiro :Forense, 1976,.

POULANTZAS, Nicos. *Poulantzas: sociologia*. Org. Paulo Silveira Tradução Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo : Ática, 1984.

_____. *Poder político e classes sociais*. Tradução Francisco Silva. São Paulo : Martins Fontes, 1977. p. 11-32, 35-54, 141-143, 321-326.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro :Renovar, 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. *A família na travessia do milênio*. In: Del Rey Revista Jurídica. Nº 07. Belo Horizonte : Del Rey, Dezembro de 1999. p.16-18.

- ROCHA, C. L. Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, Belo Horizonte : Lê, 1990.
- _____. Cidadania e Constituição. In: Revista jurídica UNIJUS de Uberaba. Uberaba : Universidade de Uberaba, 2000.
- ROSA, Emir. *O atual "status" jurídico da união estável no Brasil*. Monografia de conclusão de curso. Florianópolis, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo : Nova Cultural, 1999. p.01 – 243.
- RUSSEL, Bertrand. *O casamento e a moral*. Tradução Wilson Veloso. São Paulo : Cia Editora Nacional, 1977.
- SABATOSVSKI, Emílio. FONTOURA, Iara. *Constituição federal de 1988*. 5 ed.; Curitiba: Juruá, 2000.
- SAMPAIO, Alde. *Estatização e seus limites*. Rio de Janeiro :Forense,1977.
- SANTANA, Jair. MARTINS, Ives Gandra. CUNHA, Fernando W. da. DANTAS, Ivo. *10 anos de constituição: o que o Brasil tem a comemorar?* In: Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte : Del Rey, Dezembro de 1998.p. 14-17.
- SARACENO, Chiara. *Sociologia da família*. Lisboa : Editorial Estampa, 1988.
- SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 2 ed.; Rio de Janeiro : Saraiva, 1957, v.1 e 2.
- SILVA, Benedicto (Coord.) *Dicionário de ciências sociais*. 2 ed.; Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed.; São Paulo : Malheiros,1999.
- SOUSA, Lourival de J. Serejo. *A ética e as angústias do juiz de família*. In: Del Rey Revista Jurídica. Nº 07. Belo Horizonte : Del Rey, Dezembro de 1999. p. 30.
- _____. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.
- SOUZA, José Guilherme. *Maquiavel e o príncipe, hoje*. In: Buscalegis.ccj.ufsc.infra.br /arquivos/filosofia do direito, 30 de maio de 2000.
- SPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos,

1970. p. 7-46.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Qual a lei para a nova família*. In: Del Rey Revista Jurídica. Nº 07. Belo Horizonte : Del Rey, Dezembro de 1999. p.24-25

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2.ed.; Petrópolis : Vozes, 1994.

VERUCCI, Florisa. *Estatuto da união estável: notícias sobre o projeto do executivo*. In: Boletim de Atualidades de Direito de Família. Ano I. Nº 03. 2ed.; São Paulo Universidade São Judas Tadeu, agosto de 1997. p.3-4.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de direito civil : direito de família*. V. 2. Belo Horizonte : Del Rey. 1993.

_____. *Da união estável*. São Paulo : Saraiva, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. *Weber e a interpretação do Brasil*. In:

<http://www.artnet.com.br/gramsci/arquiv>, 01 de maio de 2000.

VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

_____. *Desbiologização da paternidade*. In: Revista Forense. V.271. Rio de Janeiro : Forense, 1980. P.45-51.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo : Saraiva, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.) *Repertório de doutrina sobre direito de família : aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

WEBER, Marx. *Ciência e política duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.p.52.

WOLKMER, Antônio Carlos . *Ideologia, estado e direito*. 3 ed.; São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Pluralismo jurídico*. 2.ed.; São Paulo : Alfa-Omega, 1997.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Normas para apresentação de trabalhos. Citações e notas de rodapé*. Parte 7. Sexta edição. Curitiba: Editora da UFPR, 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Normas da ABNT para apresentação de trabalhos*. www.bu.ufsc.br/framercfer.html, outubro de 2000.